DIE HAFTUNG DES KOLLEKTIVGESELLSCHAFTERS NACH TÜRKISCHEM RECHT UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DES DEUTSCHEN UND SCHWEIZERISCHEN RECHTS

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Celâl Cihangiroğlu
Rechtslizentiat in Ankara
1962

Druck:
ERNST-REUTER-GESELLSCHAFT
der Förderer und Freunde der Freien Universität Berlin e.V.
DISSERTATIONS-DRUCKSTELLE
1 Berlin 33, Garystr. 45

DIE HAFTUNG DES KOLLEKTIVGESELLSCHAFTERS NACH TÜRKISCHEM RECHT UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DES DEUTSCHEN UND SCHWEIZERISCHEN RECHTS

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Celâl Cihangiroğlu
Rechtslizentiat in Ankara
1962

8849/63

Erstgutachter: Prof. Dr. jur. Ernst E. Hirsch

Zweitgutachter: Prof. Dr. jur. Arwed Blomeyer

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Dezember 1962

Meinem sehr verehrten
Doktorvater Prof. Dr. jur. Ernst E. Hirsch
und
meinen Eltern
in Dankbarkeit

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543918_0002

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS 9

Einleitung 17

I. TEIL

Die Rechtsnatur der Kollektivgesellschaft und ihres Vermögens

§ 1. Die Rechtsnatur der Kollektivgesellschaft 19

1. Im türkischen Recht 19

a. Nach dem ATHGB 19

b. Nach dem neuen THGB 20

2. Im deutschen Recht 21

3. Im schweizerischen Recht 23

§ 2. Das Gesellschaftsvermögen 24

1. Im türkischen Recht 24

2. Im deutschen und schw. Recht 26

§ 3. Gesellschaftsschulden und die Haftung des Gesellschaftsvermögens für diese Schulden 28

1. Im türkischen Recht 29

2. Im deutschen und schw. Recht 32

II. TEIL

Die persönliche Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für die Gesellschaftsschulden

§ 1. Die Entstehung der persönlichen Haftung 35

1. Im türkischen Recht 35

a. Im ATHGB 36

b. Im neuen THGB 37

2. Im deutschen Recht 44

3. Im schweizerischen Recht 46

§ 2. Die Art der persönlichen Haftung der Gesellschafter 47

A. Die Unbeschränktheit der Haftung 48

B. Die Solidarität der Haftung 49

1. Im türkischen Recht 49

I. Im Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft 50

II. Im Verhältnis der Gesellschafter untereinander 51

2. Im deutschen Recht 55

3. Im schweizerischen Recht 57

C. Die Subsidiarität der Haftung 58

1. Im türkischen Recht 58

I. Fruchtlose Vollstreckung gegen die Gesellschaft (ohne Konkurs) 60

II. Beendigung der Gesellschaft 61

2. Im deutschen Recht 64

3. Im schweizerischen Recht 65

I. Die erfolglose Betreibung der Gesellschaft 65

II. Die Auflösung der Gesellschaft 66

§ 3. Die Rechtsnatur der persönlichen Haftung des Kollektivgesellschafters 67

1. Im türkischen Recht 67

2. Im deutschen Recht 75

3. Im schweizerischen Recht 78

III. TEIL

Die persönliche Haftung der Gesellschafter im Konkurs- und Vergleichsverfahren

Erstes Kapitel

Haftung des Gesellschafters im Konkursfall

§ 1. Der Gesellschaftskonkurs 81

1. Im türkischen Recht 81

I. Die Wirkungen des Konkurses auf die Gesellschaft 81

II. Wirkungen des Konkurses auf die einzelnen Gesellschafter 85

III. Die Wirkungen des Konkurses auf die Gesellschaftsgläubiger 85

2. Im deutschen Recht 86
3. Im schweizerischen Recht 87
§ 2. Der Konkurs des einzelnen Gesellschafters 89
1. Im türkischen Recht 89
A. Im allgemeinen 89
B. Das Verhältnis des Gesellschaftskonkurses zum Privatkonkurs der einzelnen Gesellschafter und umgekehrt 92
2. Im deutschen Recht 96
3. Im schweizerischen Recht 97
§ 3. Die Haftungslage bei der Gleichzeitigkeit von Gesellschafts- und Privatkonkursen 98
1. Im türkischen Recht 98
A. Im allgemeinen 98
B. Im Falle des Zusammenfallens des Gesellschaftskonkurses mit mehreren Privatkonkursen 102
2. Im deutschen Recht 103
3. Im schweizerischen Recht 103

Zweites Kapitel

Haftung des Gesellschafters im Vergleichsverfahren

1. Im türkischen Recht 104
2. Im deutschen Recht 107
3. Im schweizerischen Recht 107

IV. TEIL

Die prozessuale Geltendmachung der persönlichen Haftung des Gesellschafters

§ 1. Der Gerichtsstand 109
1. Im türkischen Recht 109
2. Im deutschen Recht 110
3. Im schweizerischen Recht 110
§ 2. Die Rechtskraftswirkung eines gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils 111
1. Im türkischen Recht 111
2. Im deutschen Recht 114

3. Im schweizerischen Recht 115
§ 3. Einreden des belangten Gesellschafters 116
1. Im türkischen und schweizerischen Recht 116
2. Im deutschen Recht 118
ANMERKUNGEN 121

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

Affolter: Die rechtliche Natur der OHG, ArchBürgR. 5, 1.

Ansay, S. Ş.: Icra ve Iflas Hukuku (Schuldbetreibungs- und Konkursrecht). 3. Aufl. Ankara 1954 (zit.: Ansay)
- Hukuk Yargilama Usulleri (Zivilprozeßordnung). 6. Aufl. Ankara 1957 (zit.: Ansay, ZPO)

Akıntürk, M. T.: Die Kollektivgesellschaft im neuen Türkischen Handelsrecht. Diss. Würzburg 1958.

Arar, K.: Kara Ticareti, Şirketler Hukuku (Landhandelsrecht, Gesellschaftsrecht) Ankara 1952

Ariç, M. Ş.: Yargıtay içtihatlarına göre haşiyeli Ticaret Kanunu (Das nach den Entscheidungen des Kassationshofes erläuterte Handelsgesetzbuch). Istanbul 1946

Arsebük, E.: Borçlar Hukuku (Das Obligationenrecht). 1/2. Bd. 3. Aufl. Ankara 1950

Arslanlı, H.: Kollektif ve Komandit Şirketler (Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften):
- 1. Aufl. Istanbul 1956 (zit.: 1. Aufl.)
- 2. Aufl. Istanbul 1960 (zit.: Arslanlı)
- Ingiliz Şirketlerinde Ultra-Vires Nazariyesi, Adliye Ceridesi, Sene 33, Sayı 4, 1942 (Die Ultra-Vires-Theorie bei den englischen Gesellschaften, in der Justizzeitschrift, Jahrgang 33, Heft 4, 1942).

v. Arx, K.: Die Anfechtung des Gesellschaftsvertrages bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaft. Diss. Zürich 1948.

Baumbach-Duden: Das Handelsgesetzbuch. 13. Aufl. München - Berlin 1959

Beck: Das neue Bürgschaftsrecht. Komm. Zürich 1942

Becker: Kommentar zum Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen. 2. Aufl. Bern 1941

Belgesay, M. R.: Icra ve Iflas Kanunu Şerhi (Kommentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz). 2. Aufl. Istanbul 1948/1949.

Berkin, N.: Iflas Hukuku Dersleri (Lehrbuch des Konkursrechtes) Istanbul 1960.

Bilgişin, M. A.: Ticaret Hukuku Prensipleri (Die Prinzipien des Handelsrechtes) 2. Bd.: Şirketler Hukuku (Gesellschaftsrecht) Istanbul 1950.

Binder: Das Problem der juristischen Persönlichkeit. Leipzig 1908.

Blumenstein, E.: Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts. Bern 1911.

Blomeyer, A.: Rechtskrafterstreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit, in ZZP 75, i ff.

Breitenbach, L.: Die Haftung des ausgeschiedenen Kollektivgesellschafters für die Schulden der Gesellschaft. Diss. Freiburg 1944.

Bucher, O.: Der Konkurs der Kommanditgesellschaft nach schweizerischem Recht. Diss. Zürich 1926.

David-Hirsch: Praktische Fälle aus dem Zivil- und Zivilprozeßrecht mit Lösungen. Berlin - Frankfurt 1959. 3. Aufl.

Dernburg: Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reichs und Preußens. 2. Bd. 2. Abt. 4. Aufl. Halle 1915

Dubi, O.: Die Gemeinschaften zur gesamten Hand im deutschen und schweizerischen Recht, ihre Forderungs- und Haftungsverhältnisse. Bern 1910.

Düringer - Hachenburg (Geiler): Allgemeine Einleitung zum zweiten Buch: Das Gesellschaftsrecht des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 1. Hälfte.

Düringer - Hachenburg (Flechtheim): Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Bd. 2. Hälfte 3. Aufl. Mannheim - Berlin - Leipzig 1932.

Eccius: Die Stellung der OHG als Prozeßpartei, in ZHR 32,1

Edege, C.: Borçlar Hukuku (das Obligationenrecht) Istanbul 1952.

Egger, A.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. 1. Bd.: Einleitung und das Personenrecht. 2. Auf. Zürich 1930

Enneccerus - Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse. 15. Aufl. 1958.

Erem, S. T.: Ticaret Hukuku Prensipleri. 2. Bd.: Ticaret Şirketleri (Die Prinzipien des Handelsrechts. 2. Bd.: Handelsgesellschaften) Istanbul 1960.

Fischer, R.: Die Haftung des Gesellschafters für die Schulder OHG. Emsdetten 1936.

Flachsmann, W.: Die Auswirkung von Vorgängen bei der Gesellschaft auf die Vermögensverschiebung und deren grundbuchliche Behandlung. Diss. Zürich 1929.

Fritzsche, H.: Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung nach schweizerischem Recht. 1/2. Bd. Zürich 1954/55.

Furrer, R.: Die Haftung des Kommanditisten im Vergleich mit der Haftung des Komplementärs auf Grundlage schweizerischen, französischen und deutschen Handelsrechts. Diss. Bern 1902.

Gareis: Das deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. 1909
- Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Handausgabe. 12. Aufl. 1920.

Geller, E.: Die Haftung des offenen Handelsgesellschafters. Diss. Bonn 1928.

v. Gierke, J.: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 7. Aufl. Berlin 1955.

v. Gierke, O.: Die Genossenschaftstheorie. Berlin 1887.
- Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Recht. Berlin 1900 (zit.: Vereine).
- Handelsgesellschaften und Bürgerliches Recht. ArchBürgR Bd. 19, S. 117
- Deutsches Privatrecht. 3. Bd.: Schuldrecht. Berlin - Leipzig 1917 (zit.: DPR III).

Göktürk, H. A.: Borçlar Hukuku, 2. Kısım: Aktin Muhtelif Nevileri (Das Obligationsrecht, 2. Teil: Die verschiedenen Arten der Vertragsverhältnisse) Ankara 1951.

Guhl, T.: Das schweizerische Obligationsrecht. 5. Aufl. Zürich 1956.

Günzel, F.: Die Haftung der Gesellschafter der OHG. Diss. Würzburg 1938.

Haberland: Rechts- und Wirtschaftsprobleme der offenen Handelsgesellschaft. Berlin 1921.

Hafter, E.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. 1. Bd.: Einleitung und Personenrecht. 2. Aufl. Bern 1919.

Hartmann, W.: Kommentar zum schweizerischen OR. 7. Bd. 1. Abt.: Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft Bern 1943.

Haupt-Reinhardt: Gesellschaftsrecht. 4. Aufl. Berlin 1952.

Helwig: Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.

Hirsch, E. E.: Ticaret Hukukunda Mahdut Mesuliyet. Hukuk Ilmini Yayma Kurumu konferanslar serisi (Die Beschränkte Haftung im Handelsrecht. In der Vortragsreihe des Vereins zur Verbreitung der Rechtswissenschaft) Ankara 1938 N. 34.
- Das neue Türkische Handelsgesetzbuch, Geschichte, Ursachen und Ergebnisse einer Gesetzesreform in ZHR 69, 157,
- Notlu Ticaret Kanunu (Das erläuterte Handelsgesetzbuch) 1. Bd. Ankara - Istanbul 1946.
- Pratik Hukukta Metod (Die Methode im praktischen Recht). 2. Aufl. Ankara 1948
- Ticaret Hukuku Dersleri (Lehrbuch des Handelsrechts) 3. Aufl. Istanbul 1948 (zit.: Ticaret Hukuku)
- Das türkische Aktienrecht. Berlin - Frankfurt 1958.
- Leitfaden für das Studium des Handels- und Gesellschaftsrechts. 3. Aufl. Berlin - Frankfurt 1962 (zit.: Leitfaden).
- Einführung in das bürgerliche Vermögensrecht. 2. Aufl. Berlin - Frankfurt 1959.

Hueck, A.: Das Recht der offenen Handelsgesellschaft. 2. Aufl. Berlin 1951.

Hurter, H. W. Frhr. v.: Die Haftung des Gesellschafters für die Unterlassungspflicht der OHG. Diss. Köln 1932.

Jäger, C.: Das Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs. 3. Aufl. Zürich 1911.

Jäger, E.: Konkurs der OHG. Freiburg - Leipzig 1897 (zit.: Ko-OHG).
- Kommentar zur Konkursordnung. 6/7. Aufl. 2. Bd. Berlin - Leipzig 1936 (zit.: E. Jäger oder KO)
- Die OHG im Zivilprozesse. Festgabe für Sohm. München - Leipzig 1915.

Karayalçın, Y.: Ticaret Hukuku Dersleri. 1. Bd.: Ticari Işletme (Lehrbuch des Handelsrechts. 1. Bd.: Das Handalesunternehmen) Ankara 1957.

Kaufmann, H.: Eigentum am Gesellschaftsvermögen. München 1911.

Kohler: Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person. In ZHR 30, 456 ff.
- Nochmals die offene Handelsgesellschaft als juristische Person, in ArchBürgR 40, 229 ff.

Köymen-Olgaç: Kazai ve ilmi içtihatlarla Türk Icra Iflas Kanunu ve ilgili mevzuat (Das türkische Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit erläuterungen von Rechtssprechung und Rechtslehre sowie die zusammenhängende Gesetzgebung) Istanbul 1960

Kuyucak, H. A.: Iktisat Hukuku Dersleri (Wirtschaftsrecht) Istanbul 1950.

Laband: Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, in ZHR 30, 498 u. 31, 1 ff.

Leemann, H.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. 4. Bd. 1. Abt.: Sachenrecht. Bern 1920.

Lehmann, H.: Gesellschaftsrecht. 2. Aufl. Berlin - Frankfurt 1959 (zit.: Lehmann).
- Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters der OHG von den Verbindlichkeiten aus schwebenden Lieferungsverträgen, in ZHR 79, 73

Lehmann-Ring: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1913/1914.

Luckat, E.: Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters der OHG. Diss. Königsberg 1927.

Mangold, T.: Die Verjährung der Haftung des Kollektivgesellschafters. Diss. Zürich 1947.

Mentzel: Kommentar zur Konkursordnung. 6. Aufl. Berlin - Frankfurt 1955.

Moor, P.: Der Konkurs der Kollektivgesellschaft und ihrer Mitglieder nach schweizerischem Recht. Diss. Bern 1918.

Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. 2. Aufl. Tübingen 1927.

Oertmann: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Bd. 2. Abt.: Das Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. Berlin 1928.

Onsun, K. Ş.: Ticaret Şirketleri (Handelsgesellschaften) Ankara 1949.

Oser-Schönenberger: Das schweizerische Obligationenrecht (Kommentar) 1. Halbband Zürich 1929
2. Halbband Zürich 1936.

Reichel, H.: Die Schuldmitübernahme. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht. 19. Bd. München 1909.

Ritter Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1. Aufl. 1909.
2. Aufl. München - Berlin 1932 (zit.: Ritter)

Rosenblatt, G.: Die juristische Natur der Haftung des Gesellschafters einer OHG. Diss. Jena 1933.

Rospatt, B.: Zur Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der OHG, in ZBH 1932/33.

v. Saint-Paul, H. F.: Ist die Haftung eines offenen Handelsgesellschafters eine Fremdhaftung? Auszug aus Königsberger Diss. 1931.

Schlegelberger-Geßler: Handelsgesetzbuch. 2. Bd.: Handelsgesellschaften und die stille Gesellschaft (Kommentar). Berlin - Frankfurt 1955.

Schreiber, O.: Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik. 1. Bd. 1914
- Kommenditgesellschaft auf Aktien. 1925.

v. Schwerin, C.: Schuld und Haftung im geltenden Recht. Berlin - München 1911.

Siegwart, A.: Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht. 5. Bd. 4. Teil: Die Personengesellschaften. 2. Aufl. Zürich 1948 (zit.: Siegwart)
- Die Stellungnahme der schweizerischen Gerichte zum Problem der juristischen Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft und ihre Rückwirkung auf den Inhalt der Entscheide. Festgabe für Carl Wieland. Basel 1934 S. 335 ff.

Schneider-Fick, Das schweizerische Obligationenrecht (Kommentar). 2. Bd. 4. Aufl. Zürich 1915.

Staub-Pinner: Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1. Bd. 12/13. Aufl. Berlin - Leipzig 1926.

Steinmann, O.: Die Haftung der Collektivgesellschafter für Gesellschaftsschulden nach schweizerischem Recht. Diss. Bern 1901.

Sohm: Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1905.

Sungur, H. H.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi (Kommentar zum türkischen Handelsgesetzbuch) 2. Bd.: Ticaret Şirketleri (2. Bd.: Handelsgesellschaften) Istanbul 1959.

Thomas, J.: Die Rechtsstellung der Gesellschaftsgläubiger bei den Personengesellschaften. Diss. Heidelberg 1939.

Thöl: Das Handelsrecht. 8. Aufl. Leipzig 1879.

Toksal: Iktisat ve Maliye Mecmuasi'nda (in Zeitschrift für Wirtschaft und Finanz) 4. Bd. 12. Heft, S. 593 f.

Tosbi, S.: Şirket ve Kuruluş Muameleleri (Die Gesellschaft und die Gründungsvorgänge). 1942

v. Tuhr-Siegwart: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts. Zürich 1944 (zit.: v. Tuhr, OR).

Weipert: RGR-Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Bd. 2. Aufl. Berlin 1950.

Wieland, K.: Handelsrecht. 1. Bd.: Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften. München - Leipzig 1931 (zit.: Wieland I).
- Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. 4. Bd.: Sachenrecht. 1909.

Würdinger, H.: Gesellschaften. 1. Teil: Recht der Personengesellschaften. Hamburg 1937.

v. Wyss, D.: Die Haftung des Kollektivgesellschafters für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft. 184. Heft. Aarau 1953.

ZEITSCHRIFTEN UND SONSTIGES

Adliye Encümeni Mazbatası: Protokoll des Rechtsausschusses in der amtlichen Begründung des neuen Türkischen Handelsgesetzbuches. Amtsblatt N. 198 S. 359 ff. (zit.: Protokoll des Rechtsausschusses).

Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes (zit.: BGE).

Archiv für bürgerliches Recht.

Botschaft des Bundesrates, im Amtsblatt des schweizerischen Eidgenossenschaft. 1928 I, 215.

Blätter für zürcherische Rechtssprechung (BlZüR).

Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (zit.: BGHZ).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit.: RGZ).

Hükümet Teklifi (yeni Türk Ticaret Kanunu için) = Der Regierungsentwurf zum neuen Türkischen Handelsgesetzbuch. Im Amtsblatt N. 198 S. 62 ff. (zit.: Regierungsentwurf).

Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi (die amtliche Begründung des neuen Türkischen Handelsgesetzbuches), herausgegeben von Justizministerium im Amtsblatt N. 198 S. 1 ff. (zit.: amtliche Begründung)

Türk Hukuk Lügatı (Türkisches Rechtswörterbuch) Ankara 1944, herausgegeben vom "Türkischen Rechtsverein"

Schweizerische Juristenzeitung (SJZ).

Zeitschrift der Anwaltskammer von Ankara (= Ankara Baro Dergisi)

Zeitschrift der Anwaltskammer von Istanbul.

Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV).

Zentralblatt des Handelsrechts (ZBH).

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (ZHR).

Zeitschrift für Zivilprozeß (ZZP)

ABKÜRZUNGEN

aOR = Das schweizerische Obligationenrecht alter Fassung (vor der Revision von 1936).

ADHGB = Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch.

ArchBürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.

ATHGB = Das alte Türkische Handelsgesetzbuch (von 1926).

BB = Der Betriebsberater.

BGB = Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch.

HGB = Das deutsche Handelsgesetzbuch.

i.V.m. = in Verbindung mit...

KO = Die deutsche Konkursordnung.

revOR = Das revidierte schweizerische Obligationenrecht.

SchKG = Gesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (im türkischen u. schw. Recht).

SOR = Das schweizerische Obligationenrecht.

SZGB = Das schweizerische Zivilgesetzbuch.

THGB = Das Türkische Handelsgesetzbuch vom 1. 1. 1957.

TOG = Das Türkische Obligationengesetzbuch.

TZGB = Das türkische Zivilgesetzbuch.

TZPO = Die Türkische Zivilprozeßordnung.

VerglO = Die deutsche Vergleichsordnung.

EINLEITUNG

Mit der Entwicklung des Handels und der Industrie sind die Kollektivunternehmungen und damit die Gesellschaften zum Zentralbegriff der Wirtschaft geworden. Die vom positiven Recht geregelten verschiedenen Gesellschaftsformen, welche ihrem Wesen nach eine Vermögens-, Arbeits-, Risiko und Haftungsgemeinschaft darstellen (1), werden in wirtschaftlicher Hinsicht nach der Tatsache, ob bei ihnen die Persönlichkeit der Gesellschafter oder das für die Verwirklichung des Gesellschaftszweckes bereit gestellte Kapital im Vordergrund steht, in zwei Gruppen eingeteilt: Personen- und Kapitalgesellschaften. Bei den ersteren besteht die Kreditbasis der Gesellschaft, d. h. die Sicherungsgrundlage ihrer Gläubiger nicht in dem ausschließlich für den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft abgesonderten Vermögen, welches in seinem Bestand zugunsten der Gesellschaftsgläubiger durch keine gesetzliche Vorschrift geschützt ist, sondern vielmehr in der unbeschränkten persönlichen Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden, während bei den letzteren grundsätzlich allein das vorhandene Kapital der Gesellschaft für ihre Schulden Deckungsobjekt bildet.

Der ausgesprochene Typ der Personengesellschaften ist die Kollektivgesellschaft (2), bei welcher die wichtigsten Elemente der individualistischen Vereinigung: persönliches Vertrauen, persönliche Mitarbeit, persönliche Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden am deutlichsten zum Ausdruck kommen.

Der Grund dafür, daß als Gegenstand dieser Arbeit unter anderen Gesellschaftsformen die Kollektivgesellschaft und bei ihr insbesondere die Frage nach der persönlichen Haftung der Gesellschafter gewählt wurde, ist vor allem darin zu finden, daß die Kollektivgesellschaft einmal als weit verbreitete Gesellschaftsart im türkischen Wirtschaftsleben von größter Bedeutung ist (3), und zum anderen darin, daß die persönliche Haftung jedes Gesellschafters mit seinem ganzen Vermögen das stärkste Merkmal bildet, das die Kollektivgesellschaft von den übrigen Gesellschaftsarten unterscheidet.

Das Hauptziel der vorliegenden Arbeit geht dahin, die Regelung des gegenwärtigen türkischen HGB bezüglich der Haftung des Kollektivgesellschafters einer kritischen Untersuchung und Würdigung zu unterwerfen, u. z. rechtsvergleichend einmal unter Berücksichtigung des früheren türkischen HGB von 1926 und sodann des deutschen und schweizerischen Rechts.

Das frühere türkische HGB wies als ein Kompolationswerk, zusammengestellt aus den verschiedenen ausländischen Quellen, erhebliche Mängel auf und war deswegen reformbedürftig. Nach langwierigen Reformdiskussionen wurde Prof. E. E. Hirsch der Auftrag erteilt, einen das gesamte Handelsrecht umfassenden Entwurf zum neuen HGB auszuarbeiten (4). Dieser Entwurf, der nach wissenschaftlichen Grundsätzen vorbereitet war, wurde im Rechtsausschuß des Parla-

ments durchberaten. Es wurde eine große Anzahl von Änderungen und Ergänzungen vorgenommen, die, wie im weiteren Verlauf dieser Arbeit an den passenden Stellen zu erwähnen sein wird, in mehrfacher Hinsicht das ganze System des Entwurfes und den zwischen dessen einzelnen Bestimmungen bestehenden Zusammenhang oft ausser Acht lassen. Das neue THGB trat am 1. 1. 1957 in Kraft.

Das deutsche und schweizerische Recht dient mittelbar oder unmittelbar im allgemeinen dem türkischen Privatrecht als Vorbild. Auf Grund der Tatsache, daß das schweizerische OR und durch dieses das türkische HGB letzten Endes auf das ADHGB zurückzuführen ist, weisen alle drei Rechtsgebiete in der Ordnung der Kollektivgesellschaft weitgehende Parallelen auf. Immerhin ist aber dieselbe Gesellschaftsart von jedem Land in mehrfacher Hinsicht einer unterschiedlichen Regelung unterworfen worden.

Gegenüber dem schweizerischen und insbesondere deutschen Recht besteht die Eigentümlichkeit des türkischen Kollektivgesellschaftsrechts darin, daß dieses letztere die Kollektivgesellschaft nach französischem Muster ausdrücklich als juristische Person anerkennt und dementsprechend den Gesellschaftern für die Schulden der Gesellschaft eine subsidiäre Haftpflicht auferlegt. Mehr oder weniger zeigen sich die Wirkungen dieser beiden Grundsätze in jeder bezüglich der Haftungsordnung des Kollektivgesellschafters entstehenden Frage. Im Folgenden soll versucht werden, von den genannten Grundsätzen ausgehend, den Begriff und das Wesen der Gesellschafterhaftung näher zu bestimmen.

I. TEIL

DIE RECHTSNATUR DER KOLLEKTIVGESELLSCHAFT UND IHRES VERMÖGENS

§ 1

Die Rechtsnatur der Kollektivgesellschaft

1. Im türkischen Recht:

Obwohl die Kollektivgesellschaft sowohl vom ATHGB wie auch vom neuen THGB als juristische Person anerkannt wird, gehen die Regelungen der beiden Gesetzbücher in wesentlichen Punkten, insbesondere hinsichtlich des Umfanges der Rechtsfähigkeit und der Entstehung der juristischen Persönlichkeit auseinander:

a. Nach dem ATHGB:

Gemäß Art. 122 ATHGB "haben die Handelsgesellschaften (5) die Rechtspersönlichkeit. Infolgedessen können sie unter ihrer Firma Rechtsgeschäfte und Verträge abschließen, Schuldner und Gläubiger sein, als solche vor Gericht klagen und verklagt werden, über bewegliche und unbewegliche Sachen verfügen". In Verbindung mit dieser Bestimmung heißt es in Art. 46 TZGB: "Die juristischen Personen sind aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft zur notwendigen Voraussetzung haben". Aus der Konfrontierung dieser beiden Bestimmungen könnte gefolgert werden, daß die Handelsgesellschaften im türkischen Recht z. Z. des ATHGB eine unbeschränkte Rechtsfähigkeit besaßen. Jedoch war eine solche Ausdehnung des Art. 46 TZGB auf alle Handelsgesellschaften auf Grund des für GmbH, AG und Genossenschaften maßgebend gewesenen Konzessionssystem, wonach wie die Errichtung so auch die Änderung des Gegenstandes der genannten Handelsgesellschaften von der Erlaubnis des Staates abhängig waren, nicht angängig (6). Wie Arslanlı (7) zutreffend hervorhebt, bildet die Vertretungsmacht der Gesellschafter, welche regelmäßig durch den Gegenstand der Gesellschaft beschränkt ist, gleichzeitig die äußere Grenze der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft.

Umstritten war zur Zeit des ATHGB die Frage, wann eine Kollektivgesellschaft als entstanden anzusehen ist, näherhin, wann sie ihre Rechtsfähigkeit erlangt. Im Gegensatz zu GmbH, AG und Gen. gab es für die Kollektivgesellschaft über diese mit der Haftung der Gesellschaft und ihrer Mitglieder eng zusammenhängende Frage keine besondere Bestimmung. Nach einer Meinung erlangte auch die Kollektivgesellschaft wie die AG ihre Rechtspersönlichkeit erst durch die Eintragung in das Handelsregister und Bekanntmachung (8). Man berief sich zur Begründung darauf, daß gemäß Art. 45 TZGB die Vereine und Gesellschaften mit selbständiger Existenz und die einem besonderen Zwecke gewidmeten, selbständigen Anstalten das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung in das Handelsregister erlangen.

Nach einer zweiten Meinung dagegen, die man als herrschend bezeichnen darf, erlangte die Kollektivgesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit mit dem Abschluß eines nach den gesetzlichen Vorschriften rechtsgültigen Gesellschaftsvertrages, also schon vor der Eintragung in das Handelsregister (9). Man wies mit Recht darauf hin, daß Art. 52 SZGB in Art. 45 TZGB nicht genau übersetzt worden sei (10). Art. 52 SZGB spreche von den körperschaftlich organisierten Personenvereinigungen. Nur diese erlangen erst mit der Eintragung in das Handelsregister die Rechtspersönlichkeit. Da die Kollektivgesellschaft keine körperschaftlich organisierte Personenvereinigung sei, könne sich die Bestimmung des Art. 45 TZGB auf sie nicht beziehen. Auch die Bezugnahme auf den Art. 170 ATHGB, daß die Wirksamkeit der Kollektivgesellschaft im Verhältnis zu Dritten mit dem Zeitpunkt eintritt, in welchem die Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen wird, löse die umstrittene Frage nicht eindeutig, denn der Zweck der genannten Bestimmung sei nicht die Regelung der Entstehung der Rechtspersönlichkeit, sondern vielmehr die gesetzliche Feststellung der Tatsache, daß die Gesellschafter Dritten gegenüber nicht vereinbaren können, die Gesellschaft solle erst nach der Eintragung und Bekanntmachung, also erst mit einem späteren Zeitpunkt ihren Anfang nehmen.

b. Nach dem neuen THGB:

Im neuen THGB wurde der Umfang der Rechtsfähigkeit der Kollektivgesellschaft wesentlich eingeschränkt. Nach Art. 137 THGB "besitzen die Handelsgesellschaften die Rechtsfähigkeit und können im Rahmen des im Gesellschaftsvertrag bestimmten Gegenstandes des Unternehmens alle Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen. Diesbezügliche gesetzliche Ausnahmen bleiben vorbehalten". Durch diese Bestimmung wurde die bisher herrschend gewesene Ultra-Vires-Theorie gesetzlich festgelegt (11). Wie aus dem Inhalt der vorliegenden Bestimmung ersichtlich ist, wurde die damit festgelegte Beschränkung der Rechtsfähigkeit, welche in Verbindung mit der Notwendigkeit eingeführt wurde, das bisher für die GmbH, AG und Gen. maßgebend gewesene Konzessionssystem weiterhin aufrechtzuerhalten (12), auch auf die übrigen Handelsgesellschaften ausgedehnt.

Arslanlı (13) kritisiert die Bestimmung des Art. 137 THGB dahingehend, daß die Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Kollektivgesellschaft auf ihren Gegenstand hinsichtlich der Gesetzestechnik nicht richtig sei, da die Kollektivgesellschaft den Gesellschaftsvertrag und damit ihren Gegenstand unabhängig von der Erlaubnis des Staates ändern könne; die durch Art. 137 THGB herbeigeführte Beschränkung der Rechtsfähigkeit schütze die Gesellschafter gegenüber Dritten und sei zwar für die AG, bei welcher die Aktionäre der Gesellschaft wie ein Dritter gegenüberstehen, aus Förderungsgründen richtig; bei der Kollektivgesellschaft dagegen sei die Rechtslage eine andere. Wenn die Gesellschaft ein außerhalb ihres Gegenstandes liegendes Rechtsgeschäft vorgenommen habe, so sei dies in Wirklichkeit auf die Gesellschafter zurückzuführen, da diese jederzeit die Möglichkeit hätten, auf die Geschäftsführung der Gesellschaft einzuwirken.

M. E. kann die einheitliche Regelung des neuen THGB trotz dieser Bedenken als gerechtfertigt angesehen werden. Wie die AG, so

muß auch die Kollektivgesellschaft, die im türkischen Wirtschaftsleben keine geringere Rolle spielt als diese (14), durch die Schutzbestimmung des Art. 137 THGB gefördert werden. Dadurch, daß die Kollektivgesellschaft durch die gesetzlich vorgeschriebene Haftpflicht der Gesellschafter die ganze Existenz ihrer Mitglieder aufs Spiel setzt, stellt sie ohnehin eine gefährliche Unternehmensform dar. Fernerhin kann auch von einer besonderen Benachteiligung Dritter, die sich mit der Gesellschaft einlassen, nicht gesprochen werden, da der Gegenstand des Gesellschaftsunternehmens gemäß Art. 155 IV u. 157 THGB ins Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht werden muß. Dritte können gemäß Art. 39 I THGB nicht einwenden, daß sie eine solche, ihnen gegenüber bereits wirksam gewordene Eintragung nicht gekannt haben (15).

Hinsichtlich der Entstehung der Rechtspersönlichkeit enthält das neue THGB im Art. 138 eine wichtige Neuerung: "Unter Vorbehalt der für jeden Gesellschaftstyp getroffenen Sonderbestimmungen finden auf die Handelsgesellschaften auch Anwendung die Art. 45, 47, 48, 49 des Zivilgesetzbuches (16) und hinsichtlich der in dem vorliegenden Titel nicht geregelten Angelegenheiten die Art. 520 - 541 des Obligationengesetzbuches (17), soweit sie mit der Natur des jeweiligen Gesellschaftstyps vereinbar sind". Durch diese Bestimmung wurde die fehlende Harmonie zwischen HGB und ZGB hergestellt und die oben erwähnte Kontroverse über den Zeitpunkt des Erwerbs der Rechtspersönlichkeit durch gesetzgeberischen Eingriff beseitigt. Nunmehr stellt Art. 45 TZGB auch für die Handelsgesellschaften eine Vorschrift zwingender Art dar. Diesem Prinzip entsprechend bestimmt Art. 174 THGB in wörtlicher Übereinstimmung mit Art. 45 TZGB: "Die Kollektivgesellschaft erlangt das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung in das Handelsregister. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam".

In Art. 151 Satz 2 des früheren THGB war bei Geschäftsbeginn vor der Eintragung in das Handelsregister von der Haftung der "Gesellschaft" die Rede. Die Bestimmung des Art. 158 I des neuen THGB spricht dagegen unter den gleichen Umständen nur von der solidarischen Haftung der "Gesellschafter". Daraus ergibt sich, daß die Entstehung der Kollektivgesellschaft als juristische Person vor der Eintragung in das Handelsregister nicht in Betracht kommt. Bis zum Eintritt dieses Zeitupunktes kann man im äußersten Fall das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft i.S. des TOG annehmen, wenn ihre Voraussetzungen erfüllt sind (18). Dieses Ergebnis kann man auch aus Art. 520 II TOG folgern, wonach eine Gesellschaft als eine einfache Gesellschaft i. S. des TOG gilt, sofern nicht die Voraussetzungen einer im HGB geordneten Gesellschaft zutreffen. Ebenfalls bestimmt Art. 55 TZGB, daß die Vereine, welche die Rechtspersönlichkeit noch nicht erlangt haben, der einfachen Gesellschaft gleichzustellen sind (19).

2. Im deutschen Recht:

Im Gegensatz zum türkischen Recht enthält das deutsche HGB keine Bestimmung über die rechtliche Natur der OHG. In der Rechtslehre wurden darüber verschiedene Ansichten vertreten, die nicht nur

theoretisch, sondern auch praktisch, insbesondere hinsichtlich der Rechtsstellung der Gesellschafter als Haftungssubjekte von größter Bedeutung waren. Es ging namentlich um die Frage, ob die OHG eine Gesellschaft i. S. der §§ 705 ff. BGB oder eine juristische Person darstellt. Im Schrifttum wurden darüber kurz folgende Ansichten vertreten:

a. Die OHG sei eine juristische Person (20). Man stützte sich zur Begründung dieser Auffassung auf die der OHG durch § 124 HGB verliehene rechtliche Selbständigkeit.

b. Die sog. Theorie der relativen juristischen Person nahm an, daß die OHG im Außenverhältnis eine juristische Person und im Innenverhältnis eine Gesellschaft sei (21).

c. Die früher gelegentlich vertretene Societätstheorie betrachtete die OHG als einen modifizierten Societätsbegriff (22).

d. Nach der herrschenden Rechtslehre und ständigen Rechtsprechung schließlich ist die OHG ihrer Rechtsnatur nach keine juristische Person, auch nicht eine relative juristische Person (23), sondern eine nach dem deutsch-rechtlichen Prinzip der gesamten Hand konstruierte Gesellschaft (24). Sie ist als Gesamthandsgemeinschaft eine Abart der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Gegenüber der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts besteht die wichtigste Besonderheit der OHG in der Firmenführung. Durch diese Befugnis verleiht das Gesetz der OHG im Außenverhältnis Fähigkeiten, die sie der juristischen Person stark annähern: So kann die OHG unter ihrer Firma Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden (§ 124 I HGB); es ist zur Zwangsvollstrekkung in das Gesellschaftsvermögen ein besonderer gegen die Gesellschaft gerichteter Schuldtitel erforderlich (§ 124 II HGB) und umgekehrt findet mit einem solchen Schuldtitel gegen die einzelnen Gesellschafter keine Zwangsvollstreckung statt (§ 129 IV HGB); schließlich findet über das Vermögen der OHG ein selbständiges Konkursverfahren statt (§ 209 KO).

Es ist zwar nicht zu verkennen, daß es sich bei diesen Bestimmungen um die der juristischen Person entnommenen Elemente handelt. Sie reichen aber noch nicht aus, der OHG den Charakter einer juristischen Person zuzusprechen. Schon die Definition des § 105 HGB macht im Abs. I das Bestehen einer Gesellschaft zur notwendigen Voraussetzung der OHG und schreibt demzufolge im Abs. II die subsidiäre Anwendung der §§ 705 ff. BGB auf die OHG vor. Daraus ergibt sich, daß die OHG die Rechtsnatur der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts hat, also keine juristische Person ist. Wie O. v. Gierke (25) sagt, wäre es ein innerer Widerspruch des Gesetzes, das Rechtsverhältnis einer Verbandsperson in wesentlichen Stücken durch Verweisung auf die für eine bloße Gesellschaft geltenden Regeln zu ordnen, während das BGB für die juristischen Personen in den §§ 21 ff. besondere Normen aufstellt.

In Anbetracht der Tatsache, daß die OHG durch die ihr vom Ge-

setz verliehenen Fähigkeiten im Außenverhältnis wie eine juristische Person behandelt wird, kommt man notwendig zu dem Schluß, daß die Gesamthand, d. h. die Gesellschaft und die juristische Person keine einander ausschließende Gegensätze, sondern zwei artverschiedene Begriffe sind, die in einer Organisationsform nebeneinander mit einzelnen Elementen vertreten sein können (26) (27). Aus dieser Sachlage zieht Weipert (28) den richtigen Schluß, daß die juristische Person zwar ohne weiteres die in § 124 HGB der OHG verliehenen Befugnisse hat, daß aber aus deren Vorhandensein nicht umgekehrt folgt, daß jedes Rechtsgebilde, das sie hat, eine juristische Person ist. Vielmehr können diese Befugnisse aus Zweckmäßigkeitsgründen vom Gesetzgeber auch einem nicht rechtsfähigen Verein oder einer Gesellschaft verliehen werden.

Die bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts vorhandene und mit ihrer Organisation zusammenhängende Erschwerung des Verkehrs ist bei der OHG durch ihre Ausstattung mit Firma und mit den daraus folgenden Befugnissen vermieden. Dadurch wird ihr, um ihren Zweck, den Betrieb eines Handelsgewerbes zu erfüllen, die für den Handelsverkehr erforderliche Beweglichkeit verliehen (29). Die Firma ist in diesem Sinne nicht als Name einer juristischen Person, sondern als eine die Gesamtheit der Gesellschafter zusammenfassende Kollektivbezeichnung aufzufassen (30). Demnach ist nicht die Firma, sondern die Gesellschafter in ihrer jeweiligen Zusammensetzung Träger der Rechte und Pflichten der OHG (31).

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich zusammenfassend, daß die OHG eine ihrem Zweck angepaßte Abart der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts darstellt. Indem das Gesetz ihr in bestimmtem Umfang durch die Möglichkeit der Firmenführung die Stellung eines Rechtssubjektes einräumt, erhebt es sie dadurch nicht zu einer von ihren Mitgliedern verschiedenen und ihnen gegenüber verselbständigten juristischen Person, sondern schafft damit eine Art Übergangsform zur juristischen Person, sozusagen eine Mittelstufe der Rechtsfähigkeit (32).

3. Im schweizerischen Recht:

Wie im deutschen Recht ist die Frage nach der Rechtsnatur der Kollektivgesellschaft auch im schweizerischen Recht vom SOR offen gelassen. In der Rechtssprechung und Literatur wird ihre juristische Persönlichkeit im allgemeinen abgelehnt (33). Sie entbehrt als bloßes Gesamthandsverhältnis eigener Rechtspersönlichkeit; jedoch nähert sie sich wie im deutschen Recht, sogar etwas weitergehend, durch die ihr vom Gesetz verliehenen Befugnisse der juristischen Person: so z. B. die Rechts-, Partei- (Art. 562 SOR) und Deliktsfähigkeit (34), Schuldenhaftung primär mit dem Gesellschaftsvermögen und erst subsidiär mit dem Privatvermögen der Gesellschafter (35), und die im Art. 568 III SOR gesetzlich zugelassene Möglichkeit der solidarischen Bürgschaftsübernahme der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden.

Man führt als wesentliches Argument gegen die juristische Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft neben der Tatsache, daß die Ge-

sellschafter ihr Eigentum am Gesellschaftsvermögen nicht verlieren, sondern beibehalten (36), noch den Umstand, daß das Gesetz im Art. 573 SOR besondere Verrechnungsregel aufstellt. Hätte das Gesetz die Kollektivgesellschaft als eine juristische Person anerkannt, so wäre die Aufstellung solcher Vorschriften nicht nötig; vielmehr wäre es selbstverständlich, daß die Gesellschaftsforderungen mit den Gegenforderungen der Dritten gegen die einzelnen Gesellschafter nicht verrechnet werden können, da die dazu erforderliche Gegenseitigkeit der Schuldner fehlt (37).

Die schweizerischen Gerichtsentscheidungen über die Rechtsnatur der Kollektivgesellschaft lauten trotz der allgemeinen Übereinstimmung im Prinzip ziemlich verschieden in den einzelnen Rechtsfragen (38). Je nach der Art des jeweils vorliegenden Rechtsverhältnisses wird die Kollektivgesellschaft bald wie eine juristische Person behandelt und bald nicht. Nach einer sich durchsetzenden Ansicht kann man bei der Entscheidung der Frage nach der Rechtsnatur der Kollektivgesellschaft nicht von einem scharf abgegrenzten Begriff der juristischen Persönlichkeit ausgehen, da die Verhältnisse der Kollektivgesellschaft von einer "ihnen natürlicherweise anhaftenden Relativität" beherrscht werden; es muß vielmehr bei jedem einzelnen Rechtsproblem entsprechend seiner Eigenart und den praktischen Bedürfnissen festgestellt werden, welches Rechtsprinzip anwendbar ist (39).

§ 2

Das Gesellschaftsvermögen

Mit der Frage nach der Rechtsnatur der Kollektivgesellschaft ist eng verbunden die sachliche Seite des Gesellschaftsverhältnisses, deren Gestaltung für die Rechtsstellung und die persönliche Haftung der Gesellschafter von ausschlaggebender Bedeutung ist. Wie die Rechtsnatur der Gesellschaft so ist auch die Zuständigkeit des Gesellschaftsvermögens im türkischen, deutschen und schweizerischen Recht verschieden geregelt.

1. Im türkischen Recht:

Da der Zweck der Kollektivgesellschaft als Handelsgesellschaft auf den Betrieb eines Handelsunternehmens gerichtet ist, ist es in der Regel erforderlich und üblich, ein der Gesellschaft eigenes und für den Gesellschaftszweck bestimmtes Vermögen zu bilden. Dieser besondere Fonds besteht hauptsächlich aus den Beiträgen der Gesellschafter und den durch den Betrieb des Handelsgewerbes erworbenen Rechten und Gegenständen. Bei der Beitragspflicht handelt es sich um ein Schuldverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem einzelnen Gesellschafter (1). Dessen Beitragsschulden sind also Forderungsrechte der Gesellschaft und gehören somit zum Gesellschaftsvermögen (2).

Als Beitrag können, soweit das Gesetz nicht etwas Gegenteiliges bestimmt, die im Art. 139 THGB aufgezählten (3) "und andere Rechte vom wirtschaftlichen Wert" geleistet werden (4). Sie müssen also einen Vermögens- bzw. Geldwert haben (5).

Gemäß Art. 155 Ziff. 5 THGB muß im Gesellschaftsvertrag u.a. der Wert der nicht in Geld bestehenden Einlagen und die Art und Weise von deren Schätzung angegeben werden (6). Daß diese Bestimmung zwingender Natur ist, ergibt sich aus Art. 156 THGB, wonach die Kollektivgesellschaft als eine einfache Gesellschaft i. S. der Art. 520 ff. TOG gilt, wenn eine der im Art. 155 THGB aufgezählten Tatsachen im Gesellschaftsvertrag fehlt oder nicht gültig ist. Daraus folgt, daß die nichtbilanzfähigen Werte nicht Gegenstand der Beiträge sein können (7).

Die Beitragspflicht im weiteren Sinne, d. h. die Verpflichtung jedes Gesellschafters, die Erreichung des Gesellschaftszweckes in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu fördern, gehört zu den wesentlichen Merkmalen des Gesellschaftsbegriffes. Ohne diese Verpflichtung jedes Gesellschafters kann man von einem Gesellschaftsverhältnis nicht sprechen (8). Es wäre aber verkehrt, daraus zu folgern, daß das Vorhandensein einer Kollektivgesellschaft von der Begründung eines besonderen, ausschließlich der Gesellschaft zustehenden Vermögens abhängig sei (9). Sowohl das TOG als auch das THGB gehen nicht von der Voraussetzung, sondern von der Möglichkeit eines besonderen Gesellschaftsvermögens aus. Wie die Wahrung, so ist auch die Begründung eines der Gesellschaft eigenen Vermögens eine interne Angelegenheit der Gesellschafter, deren Regelung, wie es im Art. 159 THGB heißt (10), sich nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages und, wenn dieser darüber nichts enthält, nach den allgemeinen Bestimmungen des THGB über die Handelsgesellschaften richtet. Die Gesellschafter können ihre Beziehungen untereinander und zur Gesellschaft, insbesondere hinsichtlich der Bildung und Zugehörigkeit des Gesellschaftsvermögens nach Maßgabe der Vertragsfreiheit beliebig regeln.

Nach Art. 143 II THGB (11) "gehört das Eigentum der als Einlage eingebrachten Sachen der Gesellschaft und gelten die Rechte als auf die Gesellschaft übertragen, wenn im Gesellschaftsvertrage nichts Gegenteiliges vereinbart ist". Wie aus dem Inhalt der vorliegenden Bestimmung ersichtlich ist, gilt das präsumptive Eigentumsrecht der Gesellschaft an den Einlagen der Gesellschafter, welches eine Folgeerscheinung der juristischen Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft darstellt, nur, wenn von den Gesellschaftern keine anderweitige Vereinbarungen getroffen sind. Danach können die Gesellschafter die Zugehörigkeit ihrer Einlagen im Rahmen der Vertragsfreiheit beliebig bestimmen; es steht ihnen frei, das Eigentumsrecht an den Einlagen der Gesellschaft zu übertragen, das gemeinschaftliche Eigentum aller Gesellschafter zu beschließen oder etwa durch Übertragung des bloßen Gebrauchsrechtes an die Gesellschaft das Sondereigentum den Gesellschaftern zu lassen. Ebenso gut können die Gesellschafter sogar die einzelnen Bestandteile des Gesellschaftsvermögens mit gegenseitigem Einverständnis in ihr Privateigentum zurückführen (12). Im Grunde genommen bildet sich aber immer, auch in den Fällen, da das Sondereigentum der Gesellschafter vereinbart ist, ein der Gesellschaft eigenes Sondervermögen. Schon in dem Anspruch der Gesellschaft auf Beitragsleistung liegt ein Vermögenswert. Ohnehin, da der Zweck der Kollektivgesellschaft auf Gewinnerzielung gerichtet ist, wird sie

regelmäßig ein eigenes Vermögen erwerben. Dies bringt der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft zwangsläufig mit sich (13).

Das Vermögen der Kollektivgesellschaft ist in jeder Beziehung, rechtlich und dinglich, ein von dem Privatvermögen der Gesellschafter getrenntes, selbständiges Vermögen. Es ist ein ausschließlich den Gesellschaftsgläubigern als primäres Haftungsobjekt dienendes Sondervermögen. Dieser im Art. 145 THGB statuierte Grundsatz (14) folgt schon aus der Rechtsnatur der Kollektivgesellschaft. Da diese und ihre Mitglieder getrennte und verschiedene Personen darstellen, so haben selbstverständlich nur die Gläubiger der Gesellschaft auf deren Vermögen ein Zugriffsrecht (15). Ebenso ist es selbstverständlich, daß zwischen den Schulden und Forderungen der Gesellschaft und denjenigen der Gesellschafter keine Aufrechnung zulässig ist (Art. 184 THGB), daß über das Vermögen der Gesellschaft ein selbständiger Konkurs stattfindet, der grundsätzlich den Privatkonkurs des Gesellschafters nicht zur Folge hat (Art. 182 THGB), und schließlich, daß aus einem gegen die Gesellschaft ergangenen vollstreckbaren Schuldtitel in das Privatvermögen der Gesellschafter - grundsätzlich - nicht vollstreckt werden kann (Art. 180 I THGB) (16).

2. Im deutschen und schweizerischen Recht:

Da in diesen beiden Rechtsgebieten die Kollektivgesellschaft bzw. OHG nicht juristische Person ist, sind die Gesellschafter selbst Träger des Gesellschaftsvermögens. Die von den Gesellschaftern in Gesellschaftsfonds eingeworfenen und unter Benutzung der Gesellschaftsfirma erworbenen Rechte bilden einen einheitlichen Vermögenskomplex, der den Gesellschaftern ungeteilt in ihrer Vereinigung zur Gesellschaft zusteht. Sie sind am Gesellschaftsvermögen zur gesamten Hand berechtigt. Es gelten hier dieselben Regeln wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (17).

Über das Wesen der Gesamthandsgemeinschaft und gleichzeitig über die damit zusammenhängende Frage, in welcher Weise die Gemeinschafter an dem Gesamthandsgut beteiligt sind, gehen die Meinungen im Schrifttum auseinander. Der Grund dieses theoretischen Streits ist vor allem darin zu finden, daß der deutsche Gesetzgeber darüber keine Legaldefinition gibt, sondern vielmehr die Klärung der Frage der Wissenschaft überläßt.

Im wesentlichen werden folgende Ansichten vertreten:

a. Nach der Theorie der geteilten Mitberechtigung (18) ist jeder Gesellschafter an dem Gesellschaftsvermögen wie an den einzelnen Stücken desselben mit bestimmten Quoten anteilig berechtigt. Diese Berechtigung unterscheidet sich von der Bruchteilsgemeinschaft dadurch, daß hier die Gemeinschafter über ihre Anteile nicht verfügen können.

b. Dagegen nimmt die Theorie der Rechtsgemeinschaft kraft Personenrechts (19) an, daß die Anteile der Gesellschafter keine Bruchteile, nicht vermögensrechtlich, sondern personenrechtlich, Anteile kraft Personenrechts, Mitgliedsrechte sind. Die Anteile am Gesellschaftsvermögen sind gleichbedeutend mit der Mitgliedschaft und als

Nicht-Vermögensrechte nicht übertragbar.

Da diese beiden Theorien durch die Anerkennung der bestimmten oder wie Sohm (20) rechnerisch bestimmbaren, ideellen Quotenrechte der Gesellschafter die objektive Einheit des Gesamthandsvermögens zerstören und deshalb mit dem BGB im Widerspruch stehen, hat sich im Laufe der Zeit die von O. v. Gierke begründete Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung durchgesetzt und kann heute als herrschende Theorie angesehen werden (21).

c. Nach dieser Lehre beruht das Wesen der Gesamthand in der personenrechtlichen Verbundenheit der Gemeinschafter, die vermögensrechtliche Wirkungen hat (22). "Das Gemeinschaftsvermögen ist der objektive Niederschlag der gesellschaftlichen Personeneinheit" (23). Das Prinzip der gesamten Hand besagt, daß mehrere Personen in ihrer rechtlichen Verbundenheit die Stellung eines Rechtssubjektes haben; sie sind also als kollektive Einheit insgesamt ohne Quotenteilung Mitträger der so entstehenden rechtlichen Einheit (24).

Diese von der herrschenden Lehre des deutschen Rechts vertretene Auffassung findet im schweizerischen Recht ihren gesetzlichen Ausdruck: "Haben mehrere Personen, die durch Gesetzesvorschrift oder Vertrag zu einer Gemeinschaft verbunden sind, eine Sache kraft ihrer Gemeinschaft zu Eigentum, so sind sie Gesamteigentümer, und es geht das Recht eines jeden auf die ganze Sache" (Art. 652 SZGB). "Die Rechte und Pflichten der Gesamteigentümer richten sich nach den Regeln, unter denen ihre gesetzliche oder vertragsmäßige Gemeinschaft steht. Besteht keine andere Vorschrift, so bedarf es zur Ausübung des Eigentums und insbesondere zur Verfügung über die Sache des einstimmigen Beschlusses aller Gesamteigentümer. Solange die Gemeinschaft dauert, ist ein Recht auf Teilung oder Verfügung über einen Bruchteil der Sache ausgeschlossen" (Art. 653 SZGB). Die vorliegenden Bestimmungen des SZGB sprechen nur von einer Gemeinschaft an einer Sache. Wie Wieland erwähnt (25), kommen bei analoger Anwendung dieser Vorschriften auf die Gesamthand der Personengesellschaften nicht nur dingliche Rechte an einer Sache, sondern der ganze Vermögensbegriff bestehend aus dinglichen und obligatorischen Rechten und Pflichten in Betracht.

Wie im schweizerischen und deutschen Recht einheitlich angenommen wird, sind die das Gesellschaftsvermögen charakterisierenden Merkmale nicht die Essentialia des Prinzips der gesamten Hand selbst, sondern die aus diesem Prinzip hervorgehenden Einzelwirkungen; sie sind Rückwirkungen des persönlichen Rechtsverhältnisses auf die vermögensrechtliche Stellung der Beteiligten (26).

Die wesentlichste Wirkung des Gesamthandsverhältnisses ist die Nichtverfügbarkeit der Anteile. Nach § 719 I BGB "kann ein Gesellschafter über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen nicht verfügen; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen". Wie aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ersichtlich ist, erkennt das deutsche Recht Anteile sowohl am Gesellschaftsvermögen als auch an dessen einzelnen Bestandteilen und unterscheidet zwischen beiden hinsichtlich ihrer rechtlichen Be-

handlung, indem es im § 859 ZPO vorschreibt: "Der Anteil eines Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen einer nach § 705 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingegangenen Gesellschaft ist der Pfändung unterworfen (27). Der Anteil eines Gesellschafters an den einzelnen zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen ist der Pfändung nicht unterworfen. Die gleichen Vorschriften gelten für den Anteil eines Miterben an dem Nachlaß und an den einzelnen Nachlaßgegenständen" (28). Dagegen ist im schweizerischen Recht eine solche Unterscheidung der Anteile nicht vorgesehen. Man spricht beim Gesamteigentum insofern von Anteilen, "als jedem Gemeinschafter eine aus der Mitgliedschaft entspringende, rechnerisch nicht bestimmte Mitberechtigung zusteht (29); diese Anteile beziehen sich aber nicht auf die einzelnen gemeinschaftlichen Sachen, sondern auf den Gewinn und das Nettovermögen der Gemeinschaft" (30).

Die gesamthänderische Berechtigung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen hat zur Folge, daß dieses vom sonstigen Vermögen der Gesellschafter abgesondert und ausschließlich mit dem Gesellschaftszweck gebunden wird. Eben deshalb, weil die Anteile der Gesellschafter ihrer Verfügung entzogen sind, sind sie dem Zugriff ihrer Gläubiger umsoweniger unterworfen (31) und ist eine Verrechnung zwischen Gesellschaftsforderungen und -schulden einerseits und Privatforderungen und -schulden andererseits unstatthaft (32).

Diese Absonderung des Gesellschaftsvermögens ist bei der Kollektivgesellschaft durch die ihr vom Gesetz verliehene Rechts-, Partei- und Konkursfähigkeit, welche Ausflüsse der Firmenführung sind, stärker ausgeprägt als bei der einfachen Gesellschaft. "Die Gesellschaft wird in Ansehung ihres Vermögens den Gesellschaftern und Dritten gegenüber so behandelt, als ob es einer von ihren Mitgliedern verschiedenen Person zugehörig wäre" (33): so die Möglichkeit des selbständigen Konkurses über das Gesellschaftsvermögen (34), die Erforderlichkeit eines besonderen gegen die Gesellschaft gerichteten Schuldtitels zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen (§ 124 II HGB) und umgekehrt die Unzulänglichkeit eines solchen Titels zur Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen des Gesellschafters (§ 129 IV HGB).

Die Absonderung des Gesellschaftsvermögens erlangt im schweizerischen Recht besonders dadurch eine praktische Bedeutung, daß es eine den Gesellschaftsgläubigern reservierte Haftungsunterlage bildet (35). Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften die Gesellschafter nur sekundär und daher müssen die Gesellschaftsgläubiger sich zunächst an das Vermögen der Gesellschaft halten.

§ 3

Gesellschaftsschulden und die Haftung des Gesellschaftsvermögens für diese Schulden:

Zweck der Haftung ist Sicherung von Verbindlichkeiten. Da diese Sicherung hier nur für die Gesellschaftsschulden gilt, muß zunächst, bevor die Art und das Wesen der Gesellschafterhaftung untersucht

wird, festgestellt werden, was unter "Gesellschaftsschulden" zu verstehen ist.

1. Im türkischen Recht:

Gesellschaftsschulden sind, wie für jede andere Rechtsperson auch für die Kollektivgesellschaft, alle Verbindlichkeiten, die die Kollektivgesellschaft als solche zu erfüllen verpflichtet ist (1). Indem das türkische Recht die Kollektivgesellschaft als juristische Person regelt, gewährt es ihr eine selbständige Rechts- und Pflichtensphäre, die von denen ihrer Mitglieder streng getrennt ist. Sie hat als solche eigene Verbindlichkeiten, die für die Teilhaber der Gesellschaft fremde Schulden darstellen.

Als Gesellschaftsschulden kommen zunächst die rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die die vertretungsberechtigten Organe der Gesellschaft ausdrücklich oder stillschweigend im Namen der Gesellschaft eingehen, in Betracht (2). Gemäß Art. 175 THGB "sind zur Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern und Dritten diejenigen Gesellschafter berechtigt und verpflichtet, die nach Art. 160 THGB zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet sind, soweit in dem ins Handelsregister eingetragenen und bekannt gegebenen Gesellschaftsvertrag nicht etwas anderes vorgeschrieben ist". In der genannten Bestimmung des Art. 160 THGB heißt es: "Jeder Gesellschafter ist zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet. Die Geschäftsführung kann jedoch durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter einem oder mehreren oder allen Gesellschaftern übertragen werden". Aus der Gegenüberstellung dieser Bestimmungen ergibt sich, daß auch das türkische Recht, wie die schweizerischen und deutschen Vorbilder, den Grundsatz der praesumptiven Einzelvertretung gesetzlich verankert (3). Danach ist jeder Gesellschafter einzeln zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt und verpflichtet, sofern im Gesellschaftsvertrag darüber nicht etwas abweichendes vereinbart ist. Indem das THGB zur Bestimmung der Vertretungsmacht auf Art. 160 über die Geschäftsführungsbefugnis verweist (4), berücksichtigt es die Tatsache, daß in der Praxis selten diese beiden Befugnisse einander nicht decken (5). Oft ist "ein und dieselbe Handlung gleichzeitig ein Akt der Geschäftsführung und der Vertretung" (6). Im Grunde genommen sind aber die Vertretung und die Geschäftsführung zwei voneinander inhaltlich verschiedene Begriffe und können von den Gesellschaftern unabhängig voneinander geregelt werden (7). Damit aber eine solche von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarung Dritten gegenüber Wirksamkeit erlangen kann, muß sie ins Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht werden. Wie aus dem Vorbehalt des Art. 175 THGB zu entnehmen ist, ist für die Bestimmung der Vertretungsmacht der Gesellschafter immer der den Dritten bekannt gemachte Gesellschaftsvertrag maßgebend (8). Erst, wenn dieser darüber nichts enthält, greift die gesetzliche Vermutung des Art. 175 THGB Platz (9). Soweit der Gesellschaftsvertrag die Vertretungsmacht einem oder mehreren Gesellschaftern überträgt, ist, unabhängig von der sonstigen Regelung der Geschäftsführung, anzunehmen, daß die anderen Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen sind (10). Das ergibt sich aus den Bestimmungen der Art. 155

Ziff. 6, 175 i. V. m. Art. 160 u. 176 THGB. Indem das Gesetz von den "zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen" spricht, schließt es damit gleichzeitig die übrigen von der Vertretung aus.

Nach Art. 176 I THGB "ist die zur Vertretung der Gesellschaft befugte Person berechtigt, alle zum Zwecke der Gesellschaft gehörenden Geschäfte und Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft vorzunehmen und die Firma der Gesellschaft zu zeichnen. Jede Beschränkung dieser Befugnis ist gegenüber gutgläubigen Dritten unwirksam". Durch diese Bestimmung, die auch im Art. 137 THGB ihren Ausdruck findet, beschränkt sich der Umfang der Vertretungsmacht der Gesellschafter auf den im Gesellschaftsvertrag angegebenen Zweck bzw. Gegenstand der Gesellschaft. Danach wird die Gesellschaft nur durch diejenigen Rechtsgeschäfte und Handlungen verpflichtet, die der Betrieb des Gesellschaftsunternehmens mit sich bringt (11). Was darüber hinausgeht und damit außerhalb der Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft steht, verpflichtet die Gesellschaft nicht (12). Es ist hierbei gleichgültig, ob der Dritte gutgläubig war oder nicht. Da der Gegenstand der Gesellschaft eine notwendig in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmende (13) und damit ins Handelsregister einzutragende Tatsache ist (14), kann der Dritte nicht einwenden, daß er über den Gegenstand der Gesellschaft nicht informiert war (15). Vorbehalten bleibt ihm gegen die Gesellschaft nur der Herausgabeanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, sofern das Gesellschaftsvermögen durch das vorgenommene Rechtsgeschäft eine Vermehrung erfahren hat (16).

Zu den Gesellschaftsschulden zählen außer den rechtsgeschäftlichen noch diejenigen Schulden, die ihren Rechtsgrund im Gesetz finden, wie etwa Verpflichtungen aus unerlaubten Handlungen der Organe der Gesellschaft (17), Schulden aus ungerechtfertigter Bereicherung, aus Geschäftsführung ohne Auftrag, aus öffentlichrechtlichen Verpflichtungen etc.

Es bedarf jedoch hier der besonderen Erwägung, daß die Kollektivgesellschaft nicht wie eine natürliche Person strafrechtlich, sondern nur vermögensrechtlich haftbar gemacht werden kann (18). Strafrechtliche Verantwortlichkeit trifft nur den Gesellschafter, der die strafbare Handlung vorgenommen hat. Dieses Prinzip wird im Art. 65 THGB für die Handlungen des unerlaubten Wettbewerbs ausdrücklich erwähnt: "Wenn bei der Geschäftsführung für eine juristische Person eine unlautere Wettbewerbshandlung begangen wird, so kommt die Bestimmung des Art. 64 (19) auf die Mitglieder des Organes, welches im Namen der juristischen Person gehandelt hat oder hätte handeln sollen, oder auf die Gesellschafter zur Anwendung. Für die Geldstrafen und Kosten jedoch haftet die juristische Person mit den natürlichen Personen solidarisch".

Die Erfüllung der Gesellschaftsschulden obliegt der Kollektivgesellschaft als eigentlicher Schuldnerin. Sie haftet für diese Schulden mit ihrem eigenen Vermögen in erster Linie unbeschränkt, wie im gewöhnlichen Rechtsverkehr nach allgemeinen Bestimmungen jede Privatperson für ihre Schulden mit ihrem ganzen Vermögen haftet. Das von dem Privatvermögen der Gesellschafter rechtlich getrennte und regelmäßig der Gesellschaft als Eigentum zustehende Gesellschaftsvermögen dient als

Betriebskapital zur Förderung des Gesellschaftszweckes und bildet für die dabei eingegangenen Schulden eine Deckung (20). Auf dieses Vermögen haben die Gesellschaftsgläubiger ein unmittelbares und ausschließliches Zugriffsrecht. Eine Zugriffsmöglichkeit auf das Privatvermögen der Gesellschafter tritt erst bei Zahlungsunfähigkeit oder etwaiger Vollbeendigung des Gesellschaftsverhältnisses auf Grund der gesetzlichen Vorschrift ein.

Dagegen können die Privatgläubiger der Gesellschafter sich an das Gesellschaftsvermögen, welches für ihre Schuldner ein fremdes Vermögen bildet, nicht halten, jedenfalls nicht unmittelbar. Sie können sich aus dem Gesellschaftsvermögen nur mittelbar unter den Voraussetzungen des Art. 145 THGB (21) befriedigen.

Im weiteren zeigt die strenge Trennung zwischen den Gesellschaftsschulden und den Privatschulden der Gesellschafter sowie die ausschließliche Haftung des Gesellschaftsvermögens für die Gesellschaftsschulden ihre Nachwirkungen besonders in dem Vorausbefriedigungsrecht der Gesellschaftsgläubiger im Konkurse der Gesellschaft (Art. 181 THGB) und in der Unzulässigkeit einer Aufrechnung zwischen den Schulden und Forderungen der Gesellschaft und denjenigen der Gesellschafter (Art. 184 THGB).

2. Im deutschen und schweizerischen Recht:

Ähnlich wie im türkischen Recht kann die Kollektivgesellschaft auch im deutschen und schweizerischen Recht unter ihrer Firma Verbindlichkeiten eingehen und als solche Schuldnerin werden. Dies wird in den Bestimmungen des § 124 HGB und Art. 562 SOR ausdrücklich erwähnt (22). Trotz dieser grundsätzlichen Übereinstimmung mit dem türkischen Recht besteht jedoch zwischen ihm und dem deutschen sowie dem schweizerischen Recht hinsichtlich des Begriffes der "Gesellschaftsschulden" ein erheblicher Unterschied, welcher durch die Bedingtheit des Wesens der Gesellschaftsschulden infolge der Rechtsnatur der Gesellschaft zutage tritt. Da die Kollektivgesellschaft bzw. OHG nun einmal in den genannten Rechtsgebieten trotz der starken Annäherung an die juristische Person im Außenverhältnis keine von ihren Mitgliedern verschiedene Rechtsperson, sondern eine unter einem einheitlichen Namen (Firma) zusammengefaßte gesamthänderische Vereinigung der Gesellschafter darstellt, sind Träger der Rechte und Pflichten der Gesellschaft die Gesellschafter selbst. Sie sind es in ihrer jeweiligen Vereinigung. Ihrer Berechtigung entsprechen auch ihre Verpflichtungen, d. h. wie sie Gesamthandsberechtigte sind, so sind sie auch Gesamthandsschuldner. Nach der Ansicht der herrschenden Rechtslehre und ständigen Rechtssprechung handelt es sich bei den Gesellschaftsschulden nicht um zwei voneinander verschiedene Verpflichtungen einerseits der Gesellschaft mit ihrem Vermögen und andererseits der Gesellschafter als solcher, sondern um eine einzige Schuld der Gesellschafter mit doppeltem Haftungsobjekt. Die Gesellschafter haften dafür einmal als Gesamthandsschuldner mit dem Gesellschaftsvermögen, dann als Gesamtschuldner mit ihrem Privatvermögen. Danach unterscheiden sich die Gesellschaftsschulden von den Privatschulden der Gesellschafter, die nicht auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhen,

dadurch, daß für diese letztere das Gesellschaftsvermögen nicht haftet (23). Die ausschließliche Haftung des Gesellschaftsvermögens für die Gesellschaftsschulden kommt, wie bereits erwähnt wurde (24), besonders in Bezug auf Zwangsvollstreckung, Konkurs und Aufrechnung deutlich zum Ausdruck (25).

Die Gesellschaftsschulden und damit die Haftung des Gesellschaftsvermögens werden vor allem durch die rechtsgeschäftlichen Handlungen der vertretungsberechtigten Gesellschafter begründet. Soweit das Handelsregister keine entgegenstehenden Eintragungen enthält, ist jeder Gesellschafter einzeln zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt (26). Hinsichtlich des gesetzlich umschriebenen Umfanges der vertretungsmacht der Gesellschafter enthalten das schweizerische und deutsche Recht unterschiedliche Regelungen. Im schweizerischen Recht ist der Umfang der Vertretungsmacht nach Art. 564 SOR wie im THGB auf den Zweck des Gesellschaftsunternehmens beschränkt. Nach herrschender Lehre und Rechtssprechung ist hierbei maßgebend, daß die vorgenommene Rechtshandlung durch den Gesellschaftszweck nicht ausgeschlossen ist (27). Es genügt schon, wenn die Handlung sich nach objektivem Maßstab "irgendwie" aus dem Zweck der Gesellschaft rechtfertigen läßt (28). Dagegen erstreckt sich die Vertretungsmacht des Gesellschafters im deutschen Recht nach § 126 HGB "auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie der Erteilung und des Widerrufs einer Prokura", mit einem Wort auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen. Sie ist grundsätzlich unbeschränkt. Es kommt nicht darauf an, ob der Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft das Geschäft mit sich bringt. Nach herrschender Lehre gilt die Vertretungsmacht des Gesellschafters auch für solche Geschäfte, die mit dem Betrieb irgendeines Handelsgewerbes überhaupt nichts zu tun haben (29). Sie findet ihre Grenzen nur dort, wo es sich um eine Veränderung der rechtlichen Organisation der Gesellschaft, d. h. des internen Verhältnisses der Gesellschafter zueinander handelt, wie z. B. Änderung des Gesellschaftsvertrages, der Gesellschaftsfirma, Aufnahme neuer und Ausschluß vorhandener Gesellschafter etc. (30).

Im Interesse des redlichen Verkehrs ist wie im türkischen auch im deutschen und schweizerischen Recht jede interne Abrede, die den gesetzlichen Umfang der Vertretungsmacht einschränkt, nach außen unwirksam. Während dieser Grundsatz nach dem türkischen und schweizerischen Recht nur gegenüber "gutgläubigen" Dritten zur Geltung kommt (31), gilt er im deutschen Recht ohne jeden Vorbehalt allgemein gegenüber jedem Dritten (32). Diese unterschiedliche Regelung hat zur Folge, daß im deutschen Recht der Dritte sich nicht nur nicht danach zu erkundigen hat, ob irgendwelche Beschränkungen bestehen (33), sondern daß er sie sogar, wenn er sie kennt, einfach ignorieren darf (34). Die Gesellschaft wird trotzdem aus dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft verpflichtet. Dem Dritten steht nur in den Fällen der Kollusion, d. h. wenn der Vertreter sich bewußt ist, die Gesellschaft zu schädigen, und der Dritte hierbei wissentlich mitwirkt, die Einrede der Arglist entgegen (35). Dagegen ist eine Verpflichtung der Gesellschaft unter den gleichen Umständen im schweizerischen sowie im türkischen Recht ausgeschlossen, denn die Unbeschränktheit der Vertretungsmacht gilt

nur den gutgläubigen Dritten gegenüber (36).

Die Gesellschaftsschulden und damit die Haftung des Gesellschaftsvermögens werden außer durch rechtsgeschäftliche Handlungen der vertretungsberechtigten Gesellschafter noch durch diejenigen Verpflichtungen begründet, die auf Gesetz beruhen. Besonders erwähnenswert ist hierbei die Deliktsfähigkeit der Kollektivgesellschaft. Sie ist wie im türkischen Recht auch im deutschen und schweizerischen Recht deliktsfähig, u.z. nur privatrechtlich. Abgesehen von den Geldstrafen, kann sie als solche nicht bestraft werden. Der strafrechtlichen Verantwortung unterliegt nur der jeweils handelnde Gesellschafter (37).

Im schweizerischen Recht wird die Haftung der Kollektivgesellschaft für die deliktischen Handlungen der Gesellschafter so behandelt, wie diejenige der juristischen Personen für ihre Organe (38). Wie im türkischen Recht heißt es im Art. 567 III SOR: "Die Gesellschaft haftet für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die ein Gesellschafter in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen begeht". Hier wird nicht nur gerade der Vertreter-Gesellschafter, sondern allgemein ein Gesellschafter gemeint. Danach besteht die Haftung der Gesellschaft auch für die unerlaubten Handlungen solcher Gesellschafter, die Kompetenzen zur inneren Geschäftsführung besitzen. Es muß, wie bei der Haftung des Geschäftsherrn nach Art. 55 SOR, die Handlung zum Tätigkeitsbereich der Gesellschaft gehören und in Ausübung der geschäftlichen Verrichtungen begangen sein; sie muß m. a. W. "ihrer Gattung nach zu jenen Geschäften gehören, deren Vornahme in die Kompetenz des Gesellschafters fällt" (39).

Im deutschen Recht leitet die herrschende Lehre die Haftung der OHG für die unerlaubten Handlungen der Gesellschafter, die im inneren Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb begangen werden (40), auf Grund der starken Annäherung der OHG an die juristische Person (41) aus § 31 BGB her. Nach herrschender Lehre ist es dabei gleichgültig, ob der betreffende Gesellschafter Vertretungs- oder Geschäftsführungsbefugnis hatte (42). Für die unerlaubten Handlungen der Gesellschaftsangestellten, einschließlich der Prokuristen haftet die OHG dagegen nach Maßgabe des § 831 BGB (43).

II. Teil

DIE PERSÖNLICHE HAFTUNG DER GESELLSCHAFTER MIT IHREM PRIVATVERMÖGEN FÜR DIE GESELLSCHAFTSSCHULDEN

§ 1

Die Entstehung der persönlichen Haftung

Bevor die Art und das Wesen der persönlichen Haftung der Gesellschafter in ihren Einzelheiten untersucht wird, muß zuerst festgestellt werden, von welchem Zeitpunkt an die Gesellschafter nach außen persönlich haften. Die Lösung dieser Frage hängt aufs engste von der Feststellung des Zeitpunktes ab, in dem die Kollektivgesellschaft als solche zur Entstehung gelangt. Denn nicht nur die persönliche Haftung der Gesellschafter, sondern überhaupt die Entstehung einer Gesellschaftsschuld, für welche die Gesellschafter haften, ist selbst vom Vorliegen einer rechtsgültig entstandenen Gesellschaft abhängig.

1. Im türkischen Recht:

Zur Entstehung einer Kollektivgesellschaft ist vor allem der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages erforderlich. Die im Art. 11 TOG statuierte Regel, wonach die Verträge zu ihrer Gültigkeit keiner besonderen Form bedürfen, ist bei dem Gründungsvertrag der Kollektivgesellschaft im alten wie auch im neuen THGB durch besondere Formvorschriften modifiziert. Die Errichtung der Kollektivgesellschaft ist an die Erfüllung einer Reihe von Formalitäten geknüpft, wie z. B. schriftliche Abschlußpflicht des Gesellschaftsvertrages, notarielle Bestätigungspflicht der im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Unterschriften der Gesellschafter und die Eintragungspflicht in das Handelsregister (1). Der Rechtsgrund dieser Formalitäten ist vor allem darin zu finden, daß die Kollektivgesellschaft erstens im türkischen Recht als juristische Person geregelt ist, sodann daß die Formvorschriften im Interesse der Gesellschafter sowie derjenigen, die mit der Gesellschaft in Rechtsverkehr treten, liegen. Auch in den Ländern, nach deren Gesetzen die Errichtung der Kollektivgesellschaft keinen Formvorschriften unterworfen ist, ist es in der Praxis üblich, den Gesellschaftsvertrag schriftlich festzulegen und die Gesellschaft ins Handelsregister eintragen zu lassen, da es weder den Gesellschaftern noch den interessierten Dritten zuzumuten ist, die mannigfaltigen und oft ineinander verschlungenen Bedingungen und Vorbehalte des Gesellschaftsvertrages im Gedächtnis zu halten (2). Ein schriftlich festgelegter und durch die Handelsregistereintragung und Bekanntmachung der Öffentlichkeit dargebotener Gesellschaftsvertrag schafft bei den im Außenverhältnis abgeschlossenen Geschäften den Dritten gegenüber hinsichtlich der Vertretungsbefugnis des handelnden Gesellschafters und der Haftung der übrigen Gesellschafter Klarheit.

Im folgenden soll untersucht werden, welche Bedeutung den gesetzlichen Formvorschriften zuzumessen ist, m. a. W. welche

Rechtsfolgen die Unterlassung derselben nach sich zieht. Die Rechtslage ist im früheren und gegenwärtigen THGB eine verschiedene:

a. Im ATHGB:

Art. 146 ATHGB schrieb den schriftlichen Abschluß des Gesellschaftsvertrages und dessen Eintragung ins Handelsregister und Bekanntmachung vor, ohne aber nähere Auskunft über die Wirkungen und Folgen der Nichtbeobachtung dieser Formvorschriften zu geben. Daher waren die Ansichten über deren Bedeutung ziemlich geteilt. Den Mittelpunkt der Kontroverse bildete die Frage, ob die vorgeschriebene schriftliche Form im Sinne des Art. 11 TOG eine konstitutive Bedeutung hat (ad solemnitatem), oder nur im Sinne des Art. 288 TZPO ein Beweismittel (ad probationem), besser gesagt, ein beweiserschwerendes Mittel darstellt (3). Wenn sie konstitutive Bedeutung hat, so entsteht im Innen- und Außenverhältnis keine Kollektivgesellschaft, solange der Gesellschaftsvertrag nicht in dieser Form abgeschlossen wird (4); somit ist im Außenverhältnis weder die für die Kollektivgesellschaft eigentümliche praesumptive Geschäftsführung- und Vertretungsmacht jedes einzelnen Gesellschafters noch ihre solidarische Haftung anzunehmen. Umgekehrt, wenn man die schriftliche Form als Beweismittel bezeichnet, dann gilt die Kollektivgesellschaft mit der Erfüllung der Voraussetzungen, die nach den allgemeinen Bestimmungen des TOG zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages erforderlich sind, zwar als rechtsgültig entstanden, aber für ihre Nachweisung wird nur die Vorlage des schriftlichen Gesellschaftsvertrages zugelassen (5).

In der Doktrin wurden zur Lösung dieser Frage folgende Ansichten vertreten:

Nach einer Ansicht, die von Hirsch vertreten wurde (6), könne die Kollektivgesellschaft als juristische Person nicht entstehen, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht in schriftlicher Form abgeschlossen worden sei; sei dies nicht der Fall, so liege vielleicht eine einfache oder stille Gesellschaft vor, wenn deren Voraussetzungen gegeben seien. Im Außenverhältnis müsse man jedoch zum Schutze der Gesellschaftsgläubiger unterscheiden, ob die Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen sei oder nicht. Verneinendenfalls käme Art. 151 letzter Satz ATHGB, wonach der Dritte das Zustandekommen einer ins Handelsregister noch nicht eingetragenen Kollektivgesellschaft durch Beweismittel aller Art nachweisen konnte, nicht zur Anwendung, da die Kollektivgesellschaft als solche rechtlich nicht entstanden sei. Dritte müßten, um das Vorliegen einer Kollektivgesellschaft behaupten zu können, nachweisen, daß zwischen den Gesellschaftern ein nach Art. 146, 147 ATHGB abgefaßter schriftlicher Vertrag abgeschlossen worden sei (7). Dennoch hafte der Gesellschafter, der im Namen einer solchen in Wirklichkeit nicht bestehenden Gesellschaft mit den Dritten in Rechtsverkehr trete, nach Maßgabe des Art. 39 TOG über die Stellvertretung ohne Ermächtigung. Bejahendenfalls, d. h. wenn die Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen sei, gelte sie den Dritten gegenüber vom Eintragungsdatum an als entstanden, obwohl der Gesellschaftsvertrag an Mängeln leide (8), es sei denn, daß der Dritte diese Mängel kannte (9).

Einer zweiten Ansicht nach reiche zur Entstehung der Kollektivge-

sellschaft als juristische Person der schriftliche Abschluß eines Gesellschaftsvertrages nicht aus, sondern derselbe müsse gemäß Art. 45 TZGB ins Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht worden sein (10). Diese Ansicht rechtfertigte sich durch Art. 170 ATHGB, der eigentlich die Ursache der vorliegenden Problematik bildet, weil er unverständlicherweise von seinem Vorbild (§ 123 HGB) um einen Absatz weniger übersetzt wurde. Das Verhältnis der Gesellschafter zueinander sei bis zur Eintragung in das Handelsregister eine einfache Gesellschaft. Wenn die Gesellschafter das Vorliegen der Gesellschaft leugneten, so könnten die Dritten zwar durch jedes Beweismittel nachweisen, daß unter den Gesellschaftern ein Gesellschaftsverhältnis bestehe (11). Eine solche Feststellung habe jedoch nur dem klagenden Dritten gegenüber Rechtskraft, u. z. in der Hinsicht, daß ihm gegenüber durch das Urteil nur die Haftung der Gesellschafter, nicht aber die Entstehung der Kollektivgesellschaft festgestellt werde (12).

Schließlich betrachtete eine dritte, von der Mehrheit vertretene Ansicht die Wahrung von Formvorschriften nicht als eine Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern nur als ein Beweismittel (13). Nach Arslanlıs Ansicht sei die Schriftform im Innenverhältnis deshalb keine Wirksamkeitsvoraussetzung, weil die Kollektivgesellschaft gemäß Art. 181 Ziff. 10 ATHGB auf Antrag eines Gesellschafters durch gerichtliche Entscheidung "aufgelöst" wird. Wäre die schriftliche Form eine Wirksamkeitsvoraussetzung, so könnte dann nicht von einer Auflösung, sondern vielleicht von einer Nichtigkeit der Gesellschaft die Rede sein (14). Die gleiche Erwägung käme auch im Art. 164 I ATHGB in Betracht, wonach jeder Gesellschafter berechtigt ist, vom Gericht die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, wenn die Eintragung und Bekanntmachung der Gesellschaft innerhalb der gesetzlichen Frist nicht erfolgt sind. Es sei nicht denkbar, daß in diesen beiden Bestimmungen dieselbe Tatsache zweimal geregelt sei. Die Wendung "Errichtungsformalitäten" in Art. 181 ATHGB könne zwar auch die Eintragung und die Bekanntmachung mitumfassen, beziehe sich aber hier nur auf den Abschluß des Gesellschaftsvertrages (15). Arslanlı leitet den nichtkonstitutiven Charakter der schriftlichen Form ebenso im Außenverhältnis aus der Erwägung her, daß sich die Pflicht des Art. 151 ATHGB, die Entstehung der Kollektivgesellschaft durch schriftlichen Gesellschaftsvertrag zu beweisen, nur auf die Gesellschafter beziehe. Da die Dritten nicht in der Lage seien, einen internen Vorgang der Gesellschaft wie den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zu beweisen, gebe Art. 151 ATHGB ihnen die Möglichkeit, das Bestehen der Kollektivgesellschaft - dies sei nichts anderes als der Nachweis, daß die Gesellschafter unter einer gemeinsamen Firma ein Handelsgewerbe betreiben - durch Beweismittel aller Art nachzuweisen. Ferner, da in Art. 151, 153, 181 ATHGB die Wirkung und Bedeutung der in Art. 146 ATHGB vorgeschriebenen Form bestimmt sei, sei diese schriftliche Form in Analogie zu Art. 11 II TOG (16) keine wesentliche Voraussetzung des Zustandekommens der Kollektivgesellschaft.

b. Im neuen THGB:

Drei Vorgänge spielen bei der Errichtung der Kollektivgesellschaft eine wichtige Rolle: Abschluß eines Gesellschaftsvertrages, Ein-

tragung in das Handelsregister und Bekanntmachung, Beginn der Geschäfte vor der Eintragung in das Handelsregister oder überhaupt vor dem rechtsgültigen Abschluß eines Gesellschaftsvertrages. Diese Vorgänge haben für Innen- und Außenverhältnis voneinander verschiedene Wirkungen, besonders dann, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht rechtsmäßig abgeschlossen oder in das Handelsregister nicht eingetragen worden ist.

Nach Art. 154 THGB ist "der Vertrag der Kollektivgesellschaft in schriftlicher Form abzuschließen. Die darin enthaltenen Unterschriften müssen notariell beglaubigt werden". Danach reicht also zum Wirksamwerden einer Kollektivgesellschaft nicht die in der Definitionsbestimmung des Art. 153 THGB erwähnte Willenserklärung der Gesellschafter, unter einer Firma ein Handelsunternehmen zu betreiben, sondern dieser Wille muß in einer bestimmten Form geäußert werden. Daß die genannten Formalitäten Wirksamkeitsvoraussetzungen der Kollektivgesellschaft bilden, geht unmittelbar aus der Bestimmung des Art. 156 THGB hervor (17).

Art. 156 THGB bestimmt: "Eine Kollektivgesellschaft, deren Vertrag nicht in der gesetzlichen Form abgeschlossen ist, oder in deren Vertrag die zwingend vorgeschriebenen Angaben unvollständig oder unwirksam sind (18), gilt als einfache Gesellschaft, auf welche unter Vorbehalt des Art. 158 (19) die Bestimmungen der Art. 520 - 541 TOG zur Anwendung kommen (Abs. I). Die Bestimmung des Art. 14 (20) ist ebenfalls vorbehalten" (Abs. II).

Aus den Vorbehalten vorliegender Bestimmung ergibt sich, daß das THGB die Rechtswirkungen der Nichteinhaltung von Formvorschriften im Innen- und Außenverhältnis unterscheidet:

b'. Im Innenverhältnis:

Ist der Gesellschaftsvertrag nicht schriftlich abgeschlossen, oder sind die im Vertrag enthaltenen Unterschriften der Gesellschafter nicht notariell beglaubigt, so liegt unter den Gesellschaftern keine Kollektivgesellschaft, sondern nur eine einfache Gesellschaft im Sinne des TOG vor. Der Gesellschaftsvertrag ist also nicht nichtig, sondern nur als Vertrag einer Kollektivgesellschaft unwirksam, da Art. 156 THGB über die Wirkung und Bedeutung der gesetzlich vorgeschriebenen Form etwas anderes bestimmt (21).

b''. Im Außenverhältnis:

Die im Art. 156 THGB vorgesehene Regelung, die Gesellschaft wegen des Formmangels auch im Außenverhältnis mit ihren sämtlichen Rechtsfolgen als einfache Gesellschaft gelten zu lassen, beeinträchtigt die Interessen der gutgläubigen Dritten. Denn sie müßten in diesem Fall, um die solidarische Haftung der Gesellschafter aus Art. 534 TOG geltend zu machen, nachweisen, daß der im Namen der Gesellschaft handelnde Gesellschafter nach Maßgabe des Art. 533 TOG Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis hat. Die Dritten können aber von den Bedingungen und Vorbehalten eines noch nicht durch Handelsregister oder sonstige Publikationsmittel bekanntgegebenen Vertrages, den die Gesellschafter unter sich abgeschlossen haben, in der Regel schwer-

lich Kenntnis genommen haben. Mit Rücksicht auf diese Tatsache ist das neue THGB zum Zwecke der Verkehrssicherheit im Außenverhältnis von der im Art. 156 aufgestellten Regel in der Haftungsfrage durch Vorbehalt des Art. 158 THGB abgewichen. Danach haften die Gesellschafter aus den Rechtsgeschäften, bei denen sie durch ihr konkludentes Verhalten auf den Dritten den Eindruck machen, als wenn eine Kollektivgesellschaft vorläge, solidarisch, wie ein Kollektivgesellschafter. Im Art. 158 THGB heißt es wörtlich: "Wird im Namen der Gesellschaft gehandelt, ohne daß die Eintragungspflicht erfüllt wurde, so haften die Gesellschafter dritten Personen gegenüber aus diesen Geschäften solidarisch (Abs. I). Das gleiche gilt auch für den Fall, daß ohne Abschluß eines Kollektivgesellschaftsvertrages unter einer Firma, auch wenn diese keinen die Art der Gesellschaft andeutenden Zusatz enthält, gegenüber den Dritten Rechtsgeschäfte oder unerlaubte Handlungen vorgenommen werden" (Abs. II).

Abgesehen von der solidarischen Haftung der Gesellschafter, die den beiden Absätzen gemein ist, scheinen in dieser recht undeutlich formulierten Bestimmung im Abs. I und II voneinander verschiedene Tatsachen geregelt zu sein. Sie kann ihrem Wortlaut nach folgendermaßen ausgelegt werden:

Abs. II bezieht sich nicht nur auf den Fall, daß überhaupt kein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden ist, sondern auch darauf, daß er nicht in der gesetzlichen Form abgeschlossen worden ist (22), weil der formbedürftige Vertrag der Kollektivgesellschaft in diesem Fall nach dem Wortlaut des Art. 156 THGB ebenfalls als nicht abgeschlossen gilt. Im Abs. I dagegen handelt es sich um einen zwar noch nicht ins Handelsregister eigetragenen, jedoch als Kollektivgesellschaftsvertrag der gesetzlichen Form entsprechend abgeschlossenen Vertrag. Es wäre mit der üblichen Gesetzestechnik unvereinbar, denselben Fall mit den gleichen Tatbeständen und Rechtsfolgen in zwei verschiedenen Bestimmungen zu regeln. Aus dieser Tatsache folgt, daß man in beiden Absätzen des Art. 158 THGB zur Bestimmung des Wesens des vorliegenden Gebildes Art. 156 THGB nicht heranziehen kann. Danach entscheidet sich die Lösung der Frage, ob ein den Voraussetzungen des Art. 158 I THGB entsprechendes Gebilde als Kollektivgesellschaft oder als eine einfache Gesellschaft zu bezeichnen ist, nach der zweiten Frage, welche Bedeutung das neue THGB der Handelsregistereintragung bei der Errichtung der Kollektivgesellschaft beilegt.

M. E. lassen sowohl die Erwähnung der Möglichkeit eines Geschäftsbeginnes im Namen der Gesellschaft vor der Handelsregistereintragung im Art. 158 I THGB als auch die Nichterwähnung der Tatbestände des Art. 158 I THGB unter den Umständen des Art. 156 THGB, unter denen die Kollektivgesellschaft als eine einfache Gesellschaft gelten soll, vermuten, daß die Kollektivgesellschaft als solche auch vor der Eintragung in das Handelsregister entstehen kann. Für dieses Ergebnis spricht auch der Umstand, daß das THGB in Art. 185 Ziff. 4 nicht von der Nichtigkeit, sondern von der Anfechtbarkeit einer noch nicht in das Handelsregister eingetragenen Kollektivgesellschaft spricht (23). Ferner kann man auch aus den gesetzesmaterialien, insbesondere aus Art. 158 des Entwurfes zum neuen THGB, der nicht aus dogmati-

schen, sondern nur aus praktischen Gründen zur Klarstellung der Haftungsfrage in die heutige Form geändert wurde, das gleiche Ergebnis entnehmen: In der genannten Bestimmung des Entwurfes heißt es: "Wenn im Namen der Gesellschaft vor der Eintragung in das Handelsregister Geschäfte begonnen worden sind, und die Gesellschafter das Vorliegen der Gesellschaft leugnen, so können Dritte durch jedes Beweismittel nachweisen, daß ein der gesetzlichen Form entsprechender Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden ist". Aus einer Gegenüberstellung dieser Bestimmung mit Art. 156 THGB, der im Regierungsentwurf in heutiger Form bestand, ergibt sich, daß das Vorliegen einer Kollektivgesellschaft unabhängig von der Handelsregistereintragung dem Abschluß eines der gesetzlichen Form entsprechenden Gesellschaftsvertrages gleichgestellt war. Die vom Rechtsausschuß modifizierte Bestimmung des heutigen Art. 174 THGB, welcher inhaltlich dem § 123 des deutschen HGB entsprach, erklärte die Eintragung in das Handelsregister, dem allgemeinen System des Entwurfes und der im türkischen Recht bisher herrschenden Meinung entsprechend, hinsichtlich der Wirksamkeit der Kollektivgesellschaft in der Regel als deklaratorisch. Im Art. 174 des Entwurfes hieß es: "Die Wirksamkeit der Kollektivgesellschaft tritt im Verhältnis zu Dritten mit der Eintragung ins Handelsregister ein (Abs. I). Beginnt die Gesellschaft ihre Geschäfte schon vor der Eintragung, so tritt die Wirksamkeit unter Vorbehalt des Art. 158 THGB (24) mit dem Zeitpunkte des Geschäftsbeginnes ein (Abs. II). Eine Abrede des Gesellschaftsvertrages, daß die Gesellschaft mit einem späteren Zeitpunkt ihren Anfang nehmen soll, ist Dritten gegenüber unwirksam" (Abs. III). Diese Bestimmung wurde jedoch infolge der am Art. 158 vorgenommenen Änderung ebenfalls geändert, so daß heute aus der engen Fassung des Art. 174 THGB (25) die Eintragung in das Handelsregister als Wirksamkeitsvoraussetzung der Kollektivgesellschaft abgeleitet werden kann, während der eigentliche Zweck der Bestimmungen des HGB über die Eintragungspflicht, wie es aus Art. 158 I und 185 Ziff. 4 THGB zu entnehmen ist, nur darin besteht, die Gesellschafter durch die Sanktionen ihrer primären Haftung sowie der jederzeitigen Auflösungsmöglichkeit der Gesellschaft zu zwingen, die Eintragungspflicht unverzüglich zu erfüllen. Wäre die Eintragung in das Handelsregister eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Kollektivgesellschaft wie der schriftlich abgefaßte Gesellschaftsvertrag mit den beglaubigten Unterschriften, so müßte dies in Art. 154 THGB, in dem die Wirksamkeitsvoraussetzungen erwähnt werden, ebenfalls erwähnt sein.

Trotz all dieser Bedenken führen uns die folgenden, anderweitigen Erwägungen jedoch zu einem anderen Ergebnis. Die Bestimmung des Art. 174 THGB könnte man dem Wortlaut nach in zweierlei Weise auslegen: Entweder tritt die Kollektivgesellschaft als solche ausschließlich mit der Eintragung ins Handelsregister in Wirksamkeit und erlangt somit die Rechtspersönlichkeit, oder die Bestimmung des Art. 174 THGB stellt, wie ursprünglich in der Fassung des Entwurfes vorgesehen war, nur das Rechtsprinzip auf, daß die Gesellschafter einen späteren Zeitpunkt nicht als Anfang der Gesellschaft vereinbaren können. Im Protokoll des Rechtsausschusses (26) wird ausdrücklich erwähnt, daß "die Kollektivgesellschaft mit der Eintragung in das Handelsregister Rechtspersönlichkeit erlangt" und vorher "keine rechtliche Existenz besitzt".

Da die Kollektivgesellschaft im türkischen Recht als juristische Person geregelt ist und die Persönlichkeit bei der Errichtung einen Bestandteil der Gesellschaft bildet, tritt sie als solche erst dann in Wirksamkeit, wenn sie diese Persönlichkeit erlangt, was nach dem Wortlaut des Art. 174 THGB durch die Eintragung in das Handelsregister geschieht (27). Dieser Satz findet seine durchschlagende Bestätigung darin, daß das THGB in Art. 138 die Bestimmung des Art. 45 TZGB, wonach die juristischen Personen mit der Eintragung in das Handelsregister Rechtspersönlichkeit erlangen, auch auf die Handelsgesellschaften zur Anwendung bringt (28).

Obwohl das THGB die Kollektivgesellschaft nach dieser Rechtslage bis zur Vollendung der sämtlichen Gründungsformalitäten einschließlich der Handelsregistereintragung (29) als eine einfache Gesellschaft betrachtet, werden im Art. 156 THGB von diesem Prinzip in der Haftungsfrage durch Vorbehalt der Art. 158 und 14 THGB Ausnahmen gemacht.

Wie die bisherigen Ausführungen zeigen, wird im Art. 158 THGB ohne Berührung der Frage nach der Art der vorliegenden Gesellschaft lediglich die solidarische Haftung aller Gesellschafter gesetzlich festgelegt, falls sie vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister im Namen der Gesellschaft handeln oder ohne Abschluß eines Gesellschaftsvertrages nach außen unter einer gemeinsamen Firma wie Kollektivgesellschafter auftreten. Da von den zwei Absätzen des Art. 158 THGB in der Haftungsfrage der zweite, welcher dasjenige Rechtsgebilde umfaßt, das die für eine Kollektivgesellschaft erforderlichen Voraussetzungen nicht besitzt, dem ersteren unterworfen ist, so ergibt sich daraus, daß für den Dritten die Geltendmachung der solidarischen Haftung vom tatsächlichen Vorliegen einer Kollektivgesellschaft abhängig ist. Es genügt, daß die unter einer gemeinsamen Firma handelnden Personen nach außen wie die Mitglieder einer Kollektivgesellschaft in Erscheinung treten. Wesentlich ist für die Entstehung ihrer solidarischen Haftung die ihrem Verhalten vom Dritten beigelegte Bedeutung, m. a. W. die solidarische Haftung ist eine Folge, die das Gesetz von einem bestimmten Verhalten der Gesellschafter im Außenverhältnis abhängig macht.

Selbst wenn die Gesellschafter gar keinen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben, haften sie den Dritten persönlich und solidarisch, wenn sie nach außen unter gemeinsamer Firma auftreten, wodurch sie bei den Dritten den Anschein erwecken, als wenn wirklich eine Handelsgesellschaft vorläge (30). Nach Art. 158 THGB haften die Gesellschafter nicht wie der eigentliche Kollektivgesellschafter subsidiär, sondern primär wie ein offener Handelsgesellschafter des deutschen Rechts. Dies ergibt sich daraus, daß Art. 158 THGB ohne Vorbehalt der Vorausklage nur von der solidarischen Haftung der Gesellschafter spricht. Außerdem müßte, damit sich die Gläubiger zuerst an eine Gesellschaft halten können, zunächst eine solche vorliegen.

Die Wendung "unter einer gemeinsamen Firma" des Art. 158 THGB darf nicht in dem streng technischen Sinne einer Gesellschaftsfirma nach Art. 44 THGB genommen werden (31). Art. 158 THGB erwähnt selbst, daß das Merkmal der gemeinsamen Firma als vorhanden

gilt, "selbst wenn sie keinen auf die Art der Gesellschaft andeutenden Zusatz enthält" (32).

Da die "gemeinsame Firma" ein Mittel ist, welches das Gesellschaftsverhältnis unter den Teilhabern den Dritten bekannt macht, kommt es darauf an, ob das Verhalten der Gesellschafter den Dritten erkennbar macht, daß im Namen einer Gesellschaft gehandelt wird. Die Rechtsgeschäfte, die im Namen der Gesellschaft oder unter einer gemeinsamen Firma abgeschlossen werden, müssen mit Wissen und Willen sämtlicher Gesellschafter vorgenommen werden, sei es, daß diese sämtlich mitwirken, sei es, daß sie durch ihre stillschweigende Zustimmung den Abschluß geschehen lassen (33). Nach Arslanli (34) trifft die Beweislast, daß die Handlung mit Zustimmung aller Gesellschafter vorgenommen worden ist, den Dritten. Diese Ansicht scheint mir sehr bedenklich; denn bei ihrer Annahme bleibt zwischen der faktischen Gesellschaft des Art. 158 THGB und der einfachen Gesellschaft des TOG hinsichtlich der Haftung des Gesellschafters kaum noch ein nennbarer Unterschied übrig (35). Gerade aus diesem Grunde, um die gutgläubigen Dritten vor dieser Beweislast zu schützen, erklärt Art. 156 THGB die Gesellschaft unter Vorbehalt der Haftungsvorschrift des Art. 158 THGB als eine einfache Gesellschaft (36). M. E. stellt Art. 158 THGB in dieser Hinsicht zugunsten der Dritten eine praesumptio legis auf. Die Gesellschafter können sich von der solidarischen Haftung nur befreien, wenn sie nachweisen, daß der Dritte nach Treu und Glauben den Zustimmungsmangel kannte oder hätte kennen sollen (Art. 2 TZGB). Im Art. 158 THGB wird nur der gute Glaube geschützt (37).

Art. 158 THGB, insbesondere Abs. II, erweckt auf den ersten Blick den Eindruck, daß zum Wirksamwerden der solidarischen Haftung der Gesellschafter nur die Vornahme der Rechtsgeschäfte unter einer gemeinsamen Firma ausreichend wäre. Aus einer näheren Betrachtung aber, die vom Zweck und Rechtsgrund dieser Bestimmung ausgeht, ergibt sich etwas anderes:

Der Zweck des Art. 158 THGB besteht, wie auch aus dem Protokoll des Rechtsausschusses hervorgeht (38), darin, daß mehrere Personen wie Kollektivgesellschafter haften sollen (39), wenn sie dem Gläubiger gegenüber in der Weise auftreten, daß dieser nach Treu und Glauben mit dem Vorhandensein einer Kollektivgesellschaft rechnen durfte. Danach müssen die zur Annahme einer Kollektivgesellschaft wesentlichen Merkmale, nämlich das Auftreten unter der gemeinsamen Firma und ein Handelsunternehmen vorliegen (40). Jedoch erweist sich ein solches Ergebnis im Hinblick auf folgende Erwägungen als nicht angängig: Wenn Art. 158 THGB sich einerseits auch auf die Fälle erstreckt, in denen nicht einmal ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden ist, also überhaupt keine Kollektivgesellschaft in Betracht kommt, und andererseits die vor der Eintragung abgeschlossenen Geschäfte meistens vorbereitender Art sind, die nicht den eigentlichen Inhalt des Handelsgewerbes bilden, so wird es sehr schwierig sein, festzustellen, ob ein Handelsunternehmen vorliegt oder nicht. M. E. könnte man die Bestimmung des Art. 158 THGB in das allgemeine System des HGB nur eingliedern, wenn man in ihr begrifflich eine Wie-

derholung des im Art. 7 THGB aufgestellten Prinzips erblickt (41). Es wäre ein Widerspruch, wenn man einerseits annimmt, daß keine Kollektivgesellschaft vorliegt, und andererseits zur Geltendmachung der solidarischen Haftung der gemeinsam auftretenden Personen voraussetzt, daß ein wesentliches Element der Kollektivgesellschaft vorliegen soll. Nach Maßgabe des Art. 7 THGB genügt es zur Geltendmachung der solidarischen Haftung, wenn zwei Faktoren, nämlich gemeinsames Auftreten und eine Handelssache als Gegenstand des abgeschlossenen Geschäftes vorliegen (42). Wenn das vorgenommene Rechtsgeschäft für eine der Vertragsparteien eine Handelssache ist, d. h. wenn es eine von den Angelegenheiten ist, welche eines der Unternehmen, die das THGB als Handelsunternehmen bezeichnet, mittelbar oder unmittelbar mit sich bringen kann, so genügt das für die Entstehung der solidarischen Haftung der gemeinsam auftretenden Personen. Eine Belastung des Gläubigers mit der Beweislast, daß das vorgenommene Rechtsgeschäft mit einem Handelsunternehmen zusammenhängt (43), würde dem Sinn des Gesetzes, das hier den Schutz des Gläubigers beabsichtigt, zuwiderlaufen. Abgesehen davon, gründet sich die solidarische Haftung der Gesellschafter im Art. 158 THGB, wie schon erwähnt wurde, nicht auf das Vorliegen einer Kollektivgesellschaft, wie es im § 123 HGB der Fall ist, sondern nur darauf, daß mehrere Gesellschafter sich nach außen wie Kollektivgesellschafter gerieren (44).

Die zweite Ausnahme des Art. 156 THGB bildet die Bestimmung des Art. 14 THGB. Dieser lautet: "Kaufmann ist, wer ein Handelsunternehmen, wenn auch nur zum Teil im eigenen Namen betreibt. (Abs. I). Hat jemand durch Rundfunk, Rundschreiben, Zeitung und dgl. Publikationsmittel kundgegeben, daß er ein Handelsunternehmen errichtet und in Betrieb gesetzt hat, oder hat er sein Unternehmen ins Handelsregister eintragen lassen und bekanntgegeben, so gilt er als Kaufmann, selbst wenn er noch nicht den Betrieb des Handelsunternehmens begonnen hat (Abs. II). Schließt jemand, als ob er ein Handelsunternehmen errichtet hätte, im eigenen Namen oder im Namen einer einfachen Gesellschaft oder aber auf irgendeine Weise im Namen einer rechtlich nicht vorliegenden Gesellschaft (als Gesellschafter) Geschäfte ab, so gilt er den gutgläubigen Dritten gegenüber als Kaufmann". (Abs. III).

Obwohl die Verweisung des Art. 156 II THGB auf Art. 14 sich im ersten Blick nur auf Art. 14 Abs. III zu beziehen scheint, umfaßt sie dennoch das Ganze des Art. 14 THGB, da im Art. 156 II nicht nur ein bestimmter Absatz, sondern allgemein Art. 14 erwähnt wird (45). Bei der analogen Anwendung dieser Bestimmung auf die Kollektivgesellschaft ergibt sich aus der Zusammenfassung von Abs. II u. III folgendes:

Wenn die Errichtung einer Kollektivgesellschaft durch Rundfunk, Zeitung, Eintragung in das Handelsregister u. dgl. kundgegeben ist oder im Namen einer Kollektivgesellschaft Rechtsgeschäfte vorgenommen worden sind, so gilt die angebliche Gesellschaft den gutgläubigen Dritten gegenüber als Kollektivgesellschaft, selbst wenn ihre wesentlichen Voraussetzungen, das Handelsunternehmen (Art. 14 II, III, 153 THGB) (46) und ein in gesetzlicher Form abgeschlossener Gesell-

schaftsvertrag fehlen (Art. 156 I THGB).

Wie auch Arslanlı (47) zutreffend bemerkt, läuft aber dieses Ergebnis den Interessen der gutgläubigen Dritten zuwider. Während sich der Dritte grundsätzlich unter den gleichen Umständen (48) wie im Art. 14 nach Art. 158 THGB unmittelbar an die Gesellschafter halten kann, kann er nach Art. 14 dieselben erst in zweiter Linie belangen, da hier die Gesellschaft als eine Kollektivgesellschaft behandelt wird (Art. 179 THGB). Damit hat die Bestimmung des Art. 14 THGB, welche zum Schutze des Vertrauens der gutgläubigen Dritten aufgestellt wurde, zuungunsten derselben ein gegenteiliges Ergebnis zur Folge.

M. E. muß man bei der Kundgebung einer Kollektivgesellschaft nach außen zwischen der Handelsregistereintragung und den sonstigen Bekanntmachungsmitteln unterschieden werden. Nach Art. 174 THGB erlangt die Kollektivgesellschaft mit der Eintragung in das Handelsregister Rechtspersönlichkeit. Solange diese Eintragung noch nicht erfolgt ist, besteht die rechtliche Folge der faktischen Gesellschaft, welche durch Rundfunk, Rundschreiben, Zeitung oder durch Handeln als Kollektivgesellschaft nach außen bekanntgemacht wird, lediglich in der solidarischen Haftung der Gesellschafter. Die Bekanntmachung nach außen schafft nicht die Kollektivgesellschaft, sondern nur die unmittelbar solidarische Haftung der Gesellschafter. Da vor der Eintragung in das Handelsregister rechtlich keine Kollektivgesellschaft vorliegt, gibt es auch kein Gesellschaftsvermögen. Selbst wenn ein solches gebildet worden ist, so gehört es nicht einer von den Gesellschaftern verschiedenen Person, sondern den Gesellschaftern selbst. Daher scheint es mir richtig zu sein, auch im Art. 14 ebenfalls wie im Art. 158 THGB grundsätzlich die primär solidarische Haftung der Gesellschafter anzunehmen.

Ist aber die Kollektivgesellschaft als solche ins Handelsregister bereits eingetragen worden, so tritt sie als Kollektivgesellschaft mit allen Rechtsfolgen in Wirksamkeit und erlangt die juristische Persönlichkeit (Art. 174 THGB). Es kann dem Dritten, der sich auf das Handelsregister verläßt, nicht entgegengehalten werden, daß eine der wesentlichen Voraussetzungen der Kollektivgesellschaft fehlt (49). Da die Kollektivgesellschaft durch die Eintragung in das Handelsregister eigene rechtliche Existenz erlangt, haften auch die Gesellschafter nach Maßgabe des Art. 179 THGB erst in zweiter Linie nach der Gesellschaft.

Schließlich muß noch erwähnt werden, daß auch im Art. 14 THGB, wie es sich aus dem Wortlaut des Abs. III ergibt, nur der gutgläubige Dritte geschützt wird. Wußte daher der Dritte, daß überhaupt keine Gesellschaft existiert, oder daß der handelnde Gesellschafter gar keine Vertretungsbefugnis besitzt, so muß er diese von der Gegenpartei nachgewiesene Tatsache und die damit eng verbundene Aufhebung der Schutzbestimmungen gegen sich gelten lassen.

2. Im deutschen Recht:

Im Innenverhältnis gelangt die OHG zunächst durch den Abschluß eines nicht formbedürftigen Gesellschaftsvertrages, der die wesentlichen Merkmale der OHG enthält (50), zur Entstehung. Im Außenverhältnis

dagegen tritt die rechtliche Wirksamkeit der Gesellschaft Dritten gegenüber, denen der Gesellschaftsvertrag in der Regel nicht bekannt ist, durch Kundgabe des Gesellschaftsverhältnisses ein. Dies geschieht, wie es im § 123 HGB ausdrücklich geregelt ist, regelmäßig durch den Geschäftsbeginn im Namen der Gesellschaft oder durch die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.

Die Wirksamkeit der OHG nach außen äußert sich darin, daß auf die Beziehungen der Gesellschafter zu Dritten die Regeln des OHG-Rechts Anwendung finden (51). Es greifen nunmehr die im § 124 HGB aufgeführten Fähigkeiten, grundsätzlich unbeschränkte Einzelvertretungsbefugnis der Gesellschafter, besondere Schuldenhaftung des Gesellschaftsvermögens und die persönliche solidarische Haftung der Gesellschafter Platz.

Nach § 123 I HGB ist für die Wirksamkeit der OHG der Zeitpunkt der Eintragung maßgebend. Nicht erforderlich ist also die Veröffentlichung der Eintragung durch die sonstigen Publikationsmittel (52). Wie auch aus dem Wortlaut der §§ 106 II Ziff. 3 u. 123 III HGB deutlich hervorgeht, ist die Bestimmung des § 123 I HGB dahin auszulegen, daß die Wirksamkeit der Gesellschaft spätestens mit dem Zeitpunkt der Eintragung eintritt. Die Gesellschafter können zwar durch vorzeitigen Geschäftsbeginn oder Vereinbarung (53) die Gesellschaft vor der Eintragung in Wirksamkeit treten lassen, nicht aber nach der Eintragung (§ 123 III HGB). Selbst wenn der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft im Zeitpunkt der Eintragung tatsächlich noch nicht begonnen hat, tritt die Wirksamkeit der Gesellschaft gegenüber den Dritten mit der Eintragung ein. Auch bei Kenntnis des Dritten ist der Gegenbeweis, daß die OHG ihre Geschäfte noch nicht aufgenommen hat, unzulässig (54). Ist dagegen gemäß § 106 II Ziff. 3 HGB ein früherer Zeitpunkt als Geschäftsbeginn eingetragen worden, so müssen die Gesellschafter dies gutgläubigen Dritten gegenüber gegen sich gelten lassen. Nur gegenüber den Bösgläubigen sind sie zum Gegenbeweise zugelassen (55).

Wenn die Gesellschaft durch die Eintragung einmal wirksam geworden ist, kann sich jeder Dritte darauf berufen. Die Gesellschafter können den Dritten nicht mehr entgegenhalten, daß die Gesellschaft in Wirklichkeit nicht besteht, nichtig oder anfechtbar sei (56).

Damit die Eintragung die Wirkung des § 123 I HGB haben kann, muß sie von den zur Anmeldung berechtigten Personen, nämlich von den Gesellschaftern erfolgt sein (§ 108 I HGB) (57).

Da die Eintragung wie auch der Geschäftsbeginn zur Folge haben, daß die Gesellschafter dadurch das Vorliegen einer OHG der Öffentlichkeit bekanntgeben und mithin ihr im Aussenverhältnis Wirksamkeit verleihen, so tritt die gleiche Wirkung auch dann ein, wenn die Gesellschaft in anderer Form, etwa durch Rundschreiben oder Zeitungsanzeigen etc. der Öffentlichkeit gegenüber ihr Bestehen bekanntgibt (58).

Vor der Eintragung in das Handelsregister entscheidet der tatsächliche Beginn des Geschäftsbetriebes für die Wirksamkeit der Gesellschaft. Dieser im § 123 II HGB festgelegte Grundsatz gilt nur für diejenigen offenen Handelsgesellschaften, die ein Grundhandelsgewerbe (§ 1 II HGB) betreiben. Betreibt die OHG ein unter § 2, 3 HGB fallendes

Gewerbe, so tritt ihre Wirksamkeit nach außen nicht schon mit dem Geschäftsbeginn, sondern erst mit der Eintragung in das Handelsregister ein, denn erst mit der Eintragung wird das Gewerbe zum Handelsgewerbe und damit die Gesellschaft zur OHG (59).

Im einzelnen wird im deutschen Recht zum Wirksamwerden der OHG durch den Geschäftsbeginn vor der Eintragung gemäß § 123 II HGB folgendes vorausgesetzt: Vor allem muß im Namen der OHG gehandelt worden sein, was sich normalerweise aus dem Gebrauch der Firma ergibt (60). Sodann müssen alle Gesellschafter, wie auch bei der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister, dem Beginn der Geschäfte ausdrücklich oder stillschweigend durch Duldung zugestimmt haben (61). Der Gegenstand des begonnenen Geschäftes braucht nicht notwendig ein Grundhandelsgeschäft des betreffenden Handelsgewerbes zu sein, sondern es genügen auch vorbereitende Geschäfte (62).

Nach der herrschenden Lehre regelt § 123 II u. III HGB nicht nur den Fall, wann und unter welchen Umständen eine im Innenverhältnis nach Maßgabe des § 105 HGB rechtsgültig bestehende OHG (63) Dritten gegenüber in Wirksamkeit treten soll, sondern der dieser Bestimmung zugrunde liegende Schutzgedanke trifft auch auf andere Tatbestände zu. In den Fällen z. B., daß eine Gesellschaft, die die wesentlichen Voraussetzungen der OHG nicht besitzt, nach außen wie eine solche auftritt, oder daß jemand, der nicht offener Handelsgesellschafter ist, nach außen den Anschein erweckt, als sei er ein solcher (64), müssen sich die Gesellschaft und die Personen auf Grund der in ihrem Auftreten liegenden Erklärung, als OHG oder als Gesellschafter einer solchen haften zu wollen, gutgläubigen Dritten gegenüber als das behandeln lassen, als was sie erscheinen (65). Da in all diesen Fällen der gute Glaube, d. h. das Vertrauen Dritter auf den von den angeblichen Gesellschaftern veranlaßten "Rechtsschein" geschützt werden soll, versagt der Schutz, wenn der Dritte den wahren Sachverhalt gekannt hat (66). Hinsichtlich der Beweislast nimmt die Rechtslehre und Rechtssprechung an, daß im allgemeine derjenige beweispflichtig ist, der sich auf den Rechtsschein beruft; jedoch bedarf es bei den öffentlichen Erklärungen keines Nachweises, daß der durch sie erzeugte Rechtsschein für das Verhalten des Dritten ursächlich war (67).

3. Im schweizerischen Recht:

Das schweizerische Recht enthält keine dem § 123 HGB entsprechende Bestimmung. Wenn auch hier die Trennung zwischen Wirksamkeit nach innen und nach außen nicht gesetzlich ausgesprochen wird, ist sie gleichfalls zugrunde zu legen, da, wie Wieland (68) sagt, nicht anzunehmen ist, daß die Gesellschafter sich vor der Kundgabe nach außen den strengen Vorschriften über die Haftung und Vertretung unterziehen wollen.

Im Innenverhältnis kommt die Kollektivgesellschaft durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages, für dessen Rechtsgültigkeit wie im deutschen Recht keine besondere Form vorgesehen ist (69), zur Entstehung. Mit dem Auftreten nach außen auf Grundlage dieses internen Vorgangs tritt die Wirksamkeit der für die Kollektivgesellschaft vor-

gesehenen Ordnung ein und entsteht die unbeschränkt solidarische Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen. Das Auftreten der Gesellschaft nach außen geschieht wie im deutschen Recht durch Eintragung ins Handelsregister, durch den Beginn der geschäftlichen Tätigkeit unter gemeinsamer Firma oder durch andere Kundmachungen über die Errichtung der Kollektivgesellschaft (70). Zur Begründung der Haftung der Gesellschafter wird auch im schweizerischen Recht vorausgesetzt, daß sie ausdrücklich oder stillschweigend dem Auftreten der Gesellschaft nach außen zugestimmt haben (71).

Die Eintragung ins Handelsregister ist zwar Pflicht (72), aber nicht von konstitutiver Bedeutung (73). Bis durch die Eintragung ins Handelsregister im Außenverhältnis Klarheit geschaffen wird, ist den gutgläubigen Dritten gegenüber für die Entstehung der solidarischen Haftung und der Einzelvertretungsmacht jedes Gesellschafters der Schein entscheidend, den das äußere Verhalten der Gesellschafter erweckt (74). Ob im Einzelfalle ein Gesellschaftsvertrag als Voraussetzung für die Existenz der Gesellschaft gültig zustande gekommen ist oder nicht, kann die Haftung der Gesellschafter gutgläubigen Dritten gegenüber nicht beeinflussen (75). Der Gesellschafter muß auf Grund der nach außen abgegebenen Erklärung für die Gesellschaftsschulden einstehen (76).

§ 2

DIE ART DER PERSÖNLICHEN HAFTUNG DER GESELLSCHAFTER

Maßgebend sind für die persönliche Haftung des Kollektivgesellschafters im türkischen Recht die Bestimmungen der Art. 178 und 179 THGB, die in deutscher Übersetzung lauten:

"Die Gesellschafter haften für die Schulden und Verpflichtungen der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen (Art. 178 I THGB).

Entgegenstehende Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag sind Dritten gegenüber unwirksam" (Art. 178 III THGB).

"Für die Schulden und Verpflichtungen der Gesellschaft haftet in erster Linie die Gesellschaft selbst. Ist jedoch die Vollstreckung gegen die Gesellschaft fruchtlos geblieben, oder hat die Gesellschaft aus irgendeinem Grunde ihr Ende gefunden, so kann der einzelne Gesellschafter allein oder zusammen mit ihm die Gesellschaft verklagt und betrieben werden" (Art. 179 I THGB).

Im Art. 568 des SOR heißt es:

"Die Gesellschafter haften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen.

Eine entgegenstehende Verabredung unter den Gesellschaftern hat Dritten gegenüber keine Wirkung.

Der einzelne Gesellschafter kann jedoch, auch nach seinem Ausscheiden, für Gesellschaftsschulden erst dann persönlich belangt werden, wenn er selbst in Konkurs geraten oder wenn die Gesellschaft auf-

gelöst oder erfolglos betrieben worden ist. Die Haftung des Gesellschafters aus einer zugunsten der Gesellschaft eingegangenen Solidarbürgschaft bleibt vorbehalten".

Nach § 128 HGB schließlich "haften die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam".

Aus der Gegenüberstellung dieser Bestimmungen ergibt sich zusammenfassend, daß die Haftung des Kollektivgesellschafters ihrer Art nach (unbeschränkt), (solidarisch) und (subsidiär bzw. primär im deutschen Recht) ist. Im folgenden sollen nun diese drei Eigenschaften, die die persönliche Haftung des Kollektivgesellschafters charakterisieren, in Verbindung mit den übrigen Bestimmungen des Gesetzes auf ihre Bedeutung, Funktion und Abdingbarkeit einzeln und näher untersucht werden.

A. DIE UNBESCHRÄNKTHEIT DER HAFTUNG

Die gesetzlich zwingend vorgeschriebene unbeschränkte Haftung jedes Gesellschafters für die Schulden der Gesellschaft bildet das rechtliche und wirtschaftliche Kennzeichen der Kollektivgesellschaft. Jeder Gesellschafter muß mit seinem ganzen "Hab und Gut" (1) für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft einstehen, wobei es ganz gleichgültig ist, aus welchem Grunde sie immer entstanden sind (2). Schon in der Definitionsbestimmung des Art. 153 THGB, wie auch im Art. 552 SOR und § 105 HGB, wird für das Vorliegen einer Kollektivgesellschaft vorausgesetzt, daß "bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist". Da das Gesetz hiermit die unbeschränkte Haftung jedes Gesellschafters als "Begriffsmerkmal" der Kollektivgesellschaft erklärt, liegt keine Kollektivgesellschaft vor, wenn nicht alle Gesellschafter nach außen unbeschränkt haften (3). Aus der negativen Ausdrucksweise des Gesetzes ergibt sich, daß es auch keiner besonderen Erwähnung im Gesellschaftsvertrage bedarf, daß alle Gesellschafter unbeschränkt haften (4). Die unbeschränkte Haftung jedes Gesellschafters folgt vielmehr aus dem Vorliegen der sonstigen wesentlichen Merkmale der Kollektivgesellschaft und gelangt durch das Auftreten als Kollektivgesellschaft nach außen automatisch zur Entstehung (5).

Wie aus dem Wortlaut des Art. 178 III THGB, bzw. Art. 568 II SOR und § 128 Satz 2 HGB hervorgeht, bezieht sich das Erfordernis der unbeschränkten Haftung der Gesellschafter nur auf das Außenverhältnis. Die Gesellschafter können im Innenverhältnis ihre Haftung und Verlustbeteiligung beliebig beschränken (6). Wenn die Unbeschränktheit der Haftung im ausschließlichen Interesse der Gesellschaftsgläubiger vorgeschrieben ist, so steht dann ebenfalls einem Verzicht des betreffenden Dritten auf diese Klausel durch besondere Vereinbarung nichts im Wege (7). Ferner ist aus der Bestimmung des Art. 178 III THGB, in dem von einer abweichenden Vereinbarung "im Gesellschaftsvertrage" die Rede ist, zu schließen, daß eine allgemeine Beschränkung der Haftung unzulässig ist, wenn sie von den Ge-

sellschaftern selbst herbeigeführt wird, also nicht in dem Falle, wenn das Gesetz selbst eine solche Beschränkung vorsieht (8).

Auch das ATHGB sah in Bezug auf die unbeschränkte Haftung des Kollektivgesellschafters dieselbe Regelung vor wie im jetzigen THGB (Art. 174, 175 ATHGB).

Wie auch Wieland (9) zutreffend darauf hinweist, stellt die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter bei den Personengesellschaften, dementsprechend auch bei der Kollektivgesellschaft, ein Korrelat der den Gesellschaftern vom Gesetz bei der Gestaltung ihres internen Verhältnisses anerkannten Freiheit dar. Im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften ist hier die Bildung und Umgestaltung des Gesellschaftsvermögens nicht durch die Interessen Dritter bedingt, sondern der Vertragsfreiheit der Gesellschafter überlassen (10). Das Kollektivgesellschaftsrecht kennt weder eine im Interesse der Gesellschaftsgläubiger normierte Einlagepflicht noch bestehen irgendwelche sonstige gesetzliche Vorschriften, durch welche das Gesellschaftsvermögen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger in seinem Bestand erhalten werden soll (11). Die Gesellschafter können jederzeit durch ihren Beschluß das Gesellschaftsvermögen auf ein Minimum reduzieren oder in ihr Privatvermögen zurückzuführen, ohne daß die Gesellschaftsgläubiger dies hindern können. Da das Privatvermögen der Gesellschafter auf Grund ihrer zwingend vorgeschriebenen unbeschränkten Haftpflicht dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger offensteht, haben diese im Grunde genommen kein rechtlich begründetes Interesse an der Aussonderung und Wahrung eines Gesellschaftsvermögens (12). Für sie bildet nicht das ungeschützte Gesellschaftsvermögen, sondern vielmehr das Privatvermögen der Gesellschafter die eigentliche Sicherheit und Kreditunterlage.

Zusammenfassend ergibt sich aus den bisherigen Ausführungen, daß die persönliche Haftung der Gesellschafter mit ihrem ganzen Privatvermögen ihrem Zwecke nach einen Ersatz für das in seinem Bestand vom freien Willen der Gesellschafter abhängige Gesellschaftsvermögen darstellt. Indem das Gesetz die persönliche Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden zwingend vorschreibt, schafft es einerseits zwischen dem Grundsatz der Vertragsfreiheit der Gesellschafter und dem Schutzbedürfnis der Gesellschaftsgläubiger einen gerechten Ausgleich und verleiht andererseits der Kollektivgesellschaft eine hinreichende Kreditfähigkeit, die diese im kaufmännischen Verkehr unbedingt benötigt.

B. DIE SOLIDARITÄT DER HAFTUNG

1. Im türkischen Recht:

Die den Gesellschaftsgläubigern durch die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter gebotene Sicherung als Kreditbasis der Gesellschaft findet ihre Vervollständigung in der solidarischen Gestaltung dieser Haftung (1). Dadurch wird den Gesellschaftsgläubigern eine vollständige und sichere Rechtsverfolgung ermöglicht. Sie erhalten die Befugnis, nach ihrer Wahl von allen Gesellschaftern je nur einen Teil oder die ganze Schuld zu fordern (2). Da somit anders als bei der quotenmäßigen Haftung der Gesellschafter das ganze Privatvermögen jedes Gesell-

schafters zum Zugriffsobjekt gemacht wird, wird der Gesellschaftsgläubiger an den Schulddeckungsmitteln im höchsten Sinne gesichert und demzufolge die wirtschaftliche Kreditfähigkeit erhöht.

Die Voraussetzungen und Wirkungen der solidarischen Haftung richten sich nach den allgemeinen Bestimmungen des TOG über die Solidarschulden (Art. 141-147 TOG), da für das solidarische Schuldverhältnis keine besondere handelsrechtliche Regelung vorgesehen ist. Nach Art. 141 TOG entsteht die Solidarität unter mehreren Schuldnern nur, wenn sie dies ausdrücklich erklären oder wenn es gesetzlich vorgeschrieben ist. Für die Haftung des Kollektivgesellschafters finden wir eine solche Vorschrift im Art. 178 THGB.

Da die Solidarität nur für den Schutz der Gesellschaftsgläubiger vorgeschrieben ist, kann sie im einzelnen Fall wie die Unbeschränktheitsklausel durch besondere Vereinbarung mit bestimmten Gläubigern ausgeschlossen werden. Unzulässig ist dagegen, daß die Gesellschafter eine diesbezügliche Bestimmung, welche allgemein gegen jeden Gläubiger gelten soll, in den Gesellschaftsvertrag aufnehmen (Art. 178 III THGB).

Die Solidarität der Gesellschafterhaftung ist in zwei verschiedenen Richtungen denkbar: Im Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft und im Verhältnis der Gesellschafter untereinander.

I. Im Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft:

Dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber kann die Gesellschaft neben den Gesellschaftern nicht als Solidarschuldnerin bezeichnet werden, da der Gläubiger nicht nach seiner Wahl die Leistung von der Gesellschaft oder den Gesellschaftern verlangen kann, sondern zuerst gegen die Gesellschaft vorgehen muß (Art. 179 I Satz 1 THGB). Nachdem aber die Voraussetzungen der Belangbarkeit der Gesellschafter erfüllt sind, kann der Gläubiger die Gesellschafter ebenfalls wie die Gesellschaft auf Leistung belangen (Art. 179 I Satz 2 THGB) (3). Unter diesen Umständen könnte es denkbar sein, die Gesellschaft als Solidarschuldnerin mit den Gesellschaftern zu bezeichnen. Bei einer näheren Betrachtung erweist sich jedoch diese Möglichkeit als unhaltbar. Das gilt allerdings nicht, wie gelegentlich behauptet wird, weil eine wesentliche Voraussetzung der Solidarschuld ein einheitlicher Entstehungsgrund sei (4), an dem es hier fehle; denn aus dem Wortlaut des Art. 141 TOG ergibt sich nichts, was erkennen ließe, daß ein gemeinsamer Entstehungsgrund Voraussetzung eines Solidarschuldverhältnisses ist (5); es gilt vielmehr deshalb, weil die Abhängigkeit der Schuld der Gesellschafter von der Gesellschaftsschuld mit dem Prinzip der Solidarität nicht zu vereinbaren ist (6). Die Gesellschafter haften für jede Erweiterung der Gesellschaftsschuld nach Art. 178 I THGB wieder. Die im Art. 144 TOG für das normale Solidarschuldverhältnis festgelegte grundsätzliche Einzelwirkung ist somit im Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft praktisch beseitigt (7). Von einer Abhängigkeit der Einzelobligationen untereinander kann nur insoweit gesprochen werden, als die anderen Schuldner von ihrer Verpflichtung befreit werden, wenn einer die Leistung voll erbracht hat (Art. 142 II TOG).

II. Im Verhältnis der Gesellschafter untereinander:

Den Dritten gegenüber besteht unter den Gesellschaftern ein echtes Solidarschuldverhältnis. Es sind also für ihre Beziehungen untereinander und zum Gläubiger die Bestimmungen der Art. 141-147 TOG maßgebend. Danach gestaltet sich die persönliche Haftung der Gesellschafter folgendermaßen:

Der Gesellschaftsgläubiger kann die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Gesellschafter ganz oder zum Teil fordern; er kann sie einzeln oder alle zusammen oder nur einige solvente von ihnen auf Leistung verklagen; bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben alle Gesellschafter verpflichtet (Art. 142 TOG). Die Erfüllung durch einen Gesellschafter wirkt auch für die übrigen Gesellschafter. "Soweit ein Solidarschuldner durch Zahlung oder Verrechnung den Gläubiger ganz oder zum Teil befriedigt, sind auch die übrigen Schuldner im gleichen Verhältnis befreit" (Art. 145 I TOG). Diese Bestimmung muß jedoch im weiteren Sinne dahingehend ausgelegt werden, daß die Befriedigung des Gläubigers nicht nur durch Erfüllung oder Verrechnung, sondern auch durch die Leistungen an Erfüllungs Statt erfolgen kann (8). So wird z. B. die Hinterlegung beim Gläubigerverzug vom Art. 91 TOG der Erfüllung gleichgestellt. Das gleiche gilt von den sonstigen Leistungen eines Solidarschuldners, die der Gläubiger an Erfüllungs Statt annimmt (9). Der belangte Gesellschafter kann gegen den Gesellschaftsgläubiger nur seine eigene Forderung gegen diesen zur Aufrechnung bringen (10). Er kann nicht mit einer Forderung der gesamtmithaftenden Gesellschafter gegen den Gesellschaftsgläubiger aufrechnen, da es an der für die Aufrechnung erforderlichen Gegenseitigkeitsvoraussetzung fehlt (Art. 118 I TOG).

Anders als die Befriedigung des Gläubigers, die auch auf die Verbindlichkeit der anderen Mitschuldner wirkt, läßt es das TOG für die Wirkung der anderen Schuldaufhebungsgründe, welche ohne Befriedigung des Gläubigers einen Solidarschuldner befreien, zugunsten der anderen Solidarschuldner auf die "Umstände und Natur der Verbindlichkeit" ankommen (Art. 145 II TOG). Sie wirken also regelmäßig nur zugunsten desjenigen Solidarschuldners, in dessen Person sie eingetreten sind. Da die Mitwirkung solcher Schuldaufhebungsgründe auf die übrigen Solidarschuldner danach eine Ausnahme darstellt, so ist es Sache des behauptenden Solidarschuldners, nachzuweisen, daß die Umstände, bzw. die Lage des speziellen Falles, insbesondere die Art der vorliegenden Untergangstatsache (11), oder die Natur der Verbindlichkeit, nämlich Art, Inhalt, Zweck und Rechtsgrund der geschuldeten Leistung die Aufhebung des ganzen Schuldverhältnisses mit sich bringen (12). So wird es für die Befreiung der übrigen Solidarschuldner z. B. bei Individualleistungen darauf ankommen, ob die Schuld einem Solidarschuldner erlassen wurde, dessen Person für die Erfüllung die ausschlaggebende Rolle spielte.

Anders als das schuldbefreiende Verhalten eines Solidarschuldners, welches regelmäßig auch für alle anderen eine günstigere Wendung bewirkt, "kann ein Solidarschuldner, soweit nicht anderes bestimmt ist, durch seine persönliche Handlung die Lage der anderen nicht erschweren" (Art. 144 TOG). In dieser Bestimmung kommt das

oben erwähnte Prinzip, daß bei der Solidarschuld die Verpflichtung jedes Schuldners von der der anderen unabhängig ist (13), zum Ausdruck. Alle Folgen der Handlungen, durch welche eine neue Verpflichtung erzeugt oder die vorliegende Schuld zu Ungunsten der Solidarschuldner modifiziert wird, hat nur derjenige zu tragen, in dessen Person sie eingetreten sind. Dieses Prinzip gilt nicht bloß im Verhältnis der Gesellschafter untereinander, sondern vor allem auch dem Gläubiger gegenüber; er kann sich also bei einer Erweiterung der Solidarschuld nur an den sie Bewirkenden halten (14). Ferner ist es gleichgültig, ob die Handlung des Solidarschuldners innerhalb oder außerhalb des Solidarschuldverhältnisses liegt (15). Verzug, Verschulden, Unmöglichkeit der Leistung (Art. 117 I TOG), Verzicht auf Verjährungseinrede, Entgegennahme von Kündigung und Mahnung und damit die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszins (16) verpflichten nur den Solidarschuldner, in dessen Person sie eingetreten sind (17). Eine Ausnahme gilt nur von der Unterbrechung der Verjährung gegen einen Solidarschuldner; sie wirkt gemäß Art. 134 I TOG auch gegen die übrigen Mitschuldner.

Die Kollektivgesellschafter haften nicht nur den gesellschaftsfremden Dritten, sondern unter Umständen auch ihren Mitgesellschaftern gegenüber. Letzteres kann eintreten sowohl im Falle, daß ein Gesellschafter auf Grund seiner persönlichen Haftung belangt wird und für den seinen Anteil überschreitenden Teil der Zahlung regreßberechtigt wird, wie auch, wenn ein Gesellschafter unabhängig von seiner Gesellschafterstellung mit der Gesellschaft wie ein Dritter Rechtsgeschäfte abschließt und demzufolge deren Gläubiger wird. Je nach der Natur des vorliegenden Falles ist die Rechtslage der übrigen Gesellschafter als Haftungssubjekt eine verschiedene:

Über die Rechtslage des Gesellschafters, der eine Gesellschaftsschuld erfüllt hat, enthält das THGB keine besondere Bestimmung. Hierfür kommen daher die Bestimmungen des TOGB über die einfache Gesellschaft zur Anwendung (18).

Nach Art. 527 TOG sind die übrigen Gesellschafter u. a. für die Auslagen, die ein Gesellschafter in Angelegenheiten der Gesellschaft macht, ihm gegenüber haftbar. Die Tilgung einer Gesellschaftsschuld durch einen Gesellschafter kann als eine Auslage i. S. des Art. 527 TOG betrachtet werden (19). Die unmittelbare Haftung "der Gesellschafter" für die Auslagen ist bei der einfachen Gesellschaft selbstverständlich, weil die Gesellschaft selbst ihrem Wesen nach nicht eine von den Gesellschaftern verschiedene Rechtsperson, sondern bloß eine vertragsmäßige Zusammensetzung der Gesellschafter darstellt. Die Kollektivgesellschaft dagegen ist ihren Mitgliedern gegenüber eine selbständige jursitische Person. Bei analoger Anwendung des Art. 527 TOG auf die Kollektivgesellschaft ist daher die Gesellschaft, bzw. ihr Vermögen in erster Linie für die Regreßansprüche des zahlenden Gesellschafters haftbar. Dieser muß sich zunächst an die Gesellschaft, und wenn sie inzwischen aufgelöst ist, an die Liquidationsmasse halten. Erst, wenn die Betreibung gegen die Gesellschaft fruchtlos geblieben ist, kann er die übrigen Gesellschafter belangen, ohne die Verbesserung der finanziellen Lage der Gesellschaft abzuwarten (20).

Da die Bestimmungen des TOG und THGB darüber keinen Aufschluß bieten, wie sich der Ausgleich der Regreßansprüche unter den Gesellschaftern im einzelnen gestalten soll, so ist ebenfalls anzunehmen, daß auch hier die Grundsätze des Solidarschuldverhältnisses über das Rückgriffsrecht des zahlenden Mitschuldners zur Anwendung kommen müssen (21).

Der Gesellschafter, der von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen wird und ihm mehr leistet, als wozu er im internen Verhältnis verpflichtet war, erhält für den Mehrbetrag ein Regreßrecht gegen die übrigen Gesellschafter. Er muß sich also bei der Geltendmachung seines Rückgriffsrechtes gegen die Mitgesellschafter seinen Verlustanteil abziehen. (Art. 146 I Halbsatz 2 TOG). Soweit sich aus der Natur der Schuld (22) nichts anderes ergibt, sind die Gesellschafter im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet (Art. 146 I, 533 TOG). Was von einem Gesellschafter nicht erhältlich ist, haben die übrigen gleichmäßig zu tragen (Art. 146 II TOG). Die Regreßhaftung ist danach keine solidarische. Daher ist die Bestimmung des Art. 147 I TOG, wonach auf den rückgriffsberechtigten Solidarschuldner in demselben Maße, als er den Gläubiger befriedigt hat, dessen Rechte übergehen sollen, nicht dahin auszulegen, daß der rückgriffsberechtigte Gesellschafter ebenfalls wie der Gläubiger die übrigen Gesellschafter solidarisch belangen kann (23). Indem der Gesellschafter eine Gesellschaftsschuld tilgt, erfüllt er eine Pflicht, die seine Gesellschafterstellung kraft der Bestimmung des Gesellschaftsvertrages und der subsidiären gesetzlichen Vorschrift mit sich bringt. Der rückgriffsberechtigte Gesellschafter steht also seinen Mitgesellschaftern nicht als Dritter, sondern als Gesellschafter gegenüber, da der Regreßanspruch sich auf das Gesellschaftsverhältnis gründet. Daher kann Art. 178 I THGB für seine Forderung nicht zur Anwendung kommen. Er regelt nur das Verhältnis der Gesellschafter zu Dritten.

Ist dagegen ein Gesellschafter aus einem außergesellschaftlichen Rechtsverhältnis, z. B. aus Kauf-, Miet- oder Darlehnsvertrag, Gläubiger der Gesellschaft geworden, steht er also ihr als Dritter gegenüber (24), so kann er von der Gesellschaft wie jeder Dritte gemäß Art. 179 I THGB Erfüllung verlangen, sobald der Anspruch fällig wird. Er braucht auch nicht deshalb, weil er als Mitglied der Gesellschaft letzten Endes an ihrem wirtschaftlichen Ergebnis beteiligt ist, sich einen seiner Verlustbeteiligung entsprechenden Anteil abziehen zu lassen (25). Erlangt er aus dem Gesellschaftsvermögen keine Befriedigung, so kann er seine Mitgesellschafter nach Maßgabe der Art. 178 u. 179 THGB "solidarisch" belangen (26). Eine anderweitige Regelung wie z. B. nur die anteilmäßige Belangbarkeit der Mitgesellschafter, würde dazu führen, daß der Gläubiger-Gesellschafter schlechter gestellt wird als ein beliebiger Dritte, während dazu theoretisch und praktisch kein Grund vorliegt.

Der Abschluß außergesellschaftlicher Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern wird wegen des gegenseitigen Interesses meistens eine kaufmännische Notwendigkeit sein, denn nichts wird der Gesellschaft erwünschter sein, als innerhalb ihres Kreises auf einen festen Grundstock von Bezugs- und Absatzquellen zählen zu

zu können, während umgekehrt dem Gesellschafter auf Grund der erhöhten Einsichts- und Einwirkungsmöglichkeit wegen seiner Gesellschafterstellung daran gelegen sein wird, von der Gesellschaft Aufträge zugewiesen zu erhalten (27). Aus diesen rein wirtschaftlichen Gründen muß die Erschwerung der außergesellschaftlichen Beziehungen durch die Schlechterstellung des Gesellschafters gegenüber einer Drittperson vermieden werden. Hierbei übt die Gesellschafterstellung des Gläubiger-Gesellschafters jedoch auf die solidarische Haftung der Mitgesellschafter insoweit einen Einfluß aus, als dieser sich, wie bei den Forderungen aus gesellschaftlichen Gründen, seinen Anteil an der Gesellschaftsschuld abziehen lassen muß (28). Diese Einschränkung bedeutet weder eine Durchbrechung des Prinzips (29), daß der Gesellschafter für seinen Anspruch wie ein Dritter zu behandeln ist, noch eine Schlechterstellung des Gesellschafters gegenüber den anderen Gesellschaftsgläubigern, da der belangte Mitgesellschafter auf dem Wege des Regresses entweder anschließend oder gleich bei der Belangung gemäß Art. 184 III THGB durch Verrechnungseinrede diesen Anteil zurückfordern könnte. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder in einem nachträglichen Vertrag vereinbaren, daß, wenn ein Gesellschafter als Dritter Geschäfte abschließt, dieser während des Bestehens der Gesellschaft nur die Gesellschaft, nicht aber die einzelnen Gesellschafter in Anspruch nehmen dürfe, oder daß er die Mitgesellschafter als Solidarschuldner ohne Abzug seines Anteils auf das Ganze belangen könne, während der Ausgleich erst bei der Auseinandersetzung oder bei der Jahresabschlußbilanz geltend gemacht werden soll.

Wie diese Ausführungen zeigen, hängt das Vorliegen oder der Wegfall der Solidarität der Haftung der Mitgesellschafter davon ab, ob das abgeschlossene Geschäft zwischen der Gesellschaft und einem Gesellschafter innerhalb oder außerhalb der Gesellschafterstellung liegt. Da die beiden Sphären mehr oder weniger ineinander verwoben sind, wird eine Abgrenzung im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten wie z. B. im Falle des Darlehnsversprechens oder der Darlehnsleistung eines Gesellschafters bei der Gründung der Gesellschaft (30). Es muß m. E. im Zweifel auf den Entstehungsgrund der Verbindlichkeit abgestellt werden; wenn die Verbindlichkeit sich aus einem Verhältnis ergibt, welches der Gesellschaftsvertrag oder auf Grund dessen Schweigens das Gesetz subsidiär regelt, so ist regelmäßig anzunehmen, daß es sich um eine Verbindlichkeit gesellschaftlicher Natur handelt (31). Die Ansprüche des Gesellschafters auf Zins, Honorar, Liquidationsanteil, Abfindungsguthaben sowie diejenigen aus Art. 527 TOG ergeben sich aus dem Gesellschaftsvertrag oder subsidiär aus den gesetzlichen Bestimmungen. Sie sind als Gesellschaftsschulden ausschließlich aus dem Gesellschaftsvermögen zu berichtigen (32). Wenn der Gläubiger-Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen keine Befriedigung erlangen kann, so kann er, abgesehen von den Ansprüchen aus Art. 527 TOG, nicht ohne weiteres gegen die Mitgesellschafter vorgehen (33), könnte vielmehr gemäß Art. 535 I Ziff. 7 THGB durch das Urteil des Richters aus wichtigem Grunde die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen und sich gemäß Art. 237 THGB durch Regreß aus dem Auseinandersetzungsguthaben der Mitgesellschafter befriedigen.

2. Im deutschen Recht:

Auch im deutschen Recht ist die Haftung der offenen Handelsgesellschafter eine gesamtschuldnerische. Sie haften, nicht wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nur für die vertraglichen Verpflichtungen (§ 427 BGB), unteilbaren Leistungen (§ 431 BGB) und für die Ansprüche aus unerlaubten Handlungen (§ 840 BGB), sondern für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach Maßgabe der §§ 421 - 425 BGB als Gesamtschuldner (34). Der Gesellschaftsgläubiger kann, ohne sich vorher an die Gesellschaft halten zu müssen, jeden Gesellschafter in voller Höhe der Gesellschaftsschuld belangen. Auf Grund der gewissen begrifflichen Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens ist es der Wahl der Gesellschaftsgläubiger überlassen, ob sie die Gesellschaft mit ihrem Vermögen oder die Gesellschafter als solche oder beide nebeneinander in Anspruch nehmen wollen (35).

Ein Gesamtschuldverhältnis zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern wird, wenn auch nicht mit einheitlicher Begründung, doch im allgemeinen auch im deutschen Recht abgelehnt (36):

Nach der herrschenden Lehre (37) haftet bei der OHG nur ein Schuldner aber mit mehreren Vermögensmassen, nämlich die Gesellschafter, da die OHG selbst nichts anderes ist als die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbindung. Daher kann von einer Gesamtschuld der Gesellschaft einerseits und der Gesellschafter andererseits nicht gesprochen werden.

Diejenigen dagegen, die in der OHG ein selbständiges Rechtssubjekt erblicken oder ihr eine erhöhte Selbständigkeit beimessen, begründen ihre Ablehnung damit, daß zwischen der Schuld der Gesellschaft und der der einzelnen Gesellschafter ein inhaltlicher Unterschied bestehe (38).

Eine dritte Meinung beruft sich darauf, daß der schuldbegründende Tatbestand für die Gesellschaft und ihre Gesellschafter verschieden ist und daher ein Gesamtschuldverhältnis zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern abgelehnt werden muß (39). Einer letzten Ansicht nach ist die Ablehnung des Gesamtschuldverhältnisses schließlich daraus zu entnehmen, daß die Gesellschafter infolge der akzessorischen Natur ihrer Haftung für jede Erweiterung der Gesellschaftsschuld gemäß § 128 HGB wieder haften, womit ein im § 425 BGB für das Gesamtschuldverhältnis wesentliches Prinzip der Einzelwirkung beseitigt wird (40).

Im Verhältnis der Gesellschafter zueinander dagegen gelten die Bestimmungen der §§ 421 - 425 BGB über die Gesamtschuldverhältnisse: Der Gesellschaftsgläubiger kann die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Gesellschafter ganz oder zum Teil fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Gesellschafter verpflichtet (§ 421 BGB). Die Erfüllung durch die OHG befreit den einzelnen Gesellschafter und umgekehrt; das gleiche gilt von der Leistung an Erfüllungs Statt, der Hinterlegung und Aufrechnung (§ 422 I BGB). Der Gesellschafter kann nur eine ihm zustehende Forderung zur Aufrechnung stellen, nicht auch eine Forderung seiner Mitgesellschafter (§ 422 II BGB). Eine Forderung der Gesellschaft kann der belangte

Gesellschafter zwar nicht zur Aufrechnung stellen, aber er kann die Befriedigung solange verweigern, als der Gläubiger mit einer solchen Forderung aufrechnen kann (§ 129 III HGB). Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlaß wirkt auch gegen die übrigen Schuldner, wenn durch den Vertrag das gesamte Schuldverhältnis aufgehoben werden sollte (§ 423 BGB). In Anbetracht der Bestimmung des Art. 129 I HGB ist es aber bestritten, ob dieses Prinzip dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber auf das Verhältnis der Gesellschaft zu ihren Mitgliedern zur Anwendung kommen kann (41). Der Annahmeverzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner wirkt auch zugunsten der übrigen (§ 424 BGB).

Nach § 425 BGB wirken andere als die bisher erwähnten Tatsachen nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten, "soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt". Es fragt sich nun, ob dieser Vorbehalt auf das Verhältnis der Gesellschafter zueinander zutrifft. Im Schrifttum und nunmehr auch vom BGH (42) wird die Regel des § 425 auf die gemeinschaftlich übernommenen Werkausführungen für unanwendbar erklärt, weil sich aus der Natur und dem Zweck des besonders gearteten Schuldverhältnisses, welches ein gemeinsames Zusammenwirken der Mitunternehmer und die notwendige Verbindung der einzelnen Arbeitsleistungen erforderlich macht, ein anderes ergibt. Da diese Tatbestände dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber auch auf das Verhältnis der offenen Handelsgesellschafter zueinander zutreffen, dürfte die Bestimmung des § 425 BGB insoweit auch auf dieses Verhältnis keine Anwendung finden (43).

Über das Rückgriffsrecht der als Gesamtschuldner haftenden Gesellschafter gegeneinander sind die Meinungen geteilt:

Nach der einen Ansicht (44) handelt es sich bei der Leistung eines Gesellschafters, der auf Grund seiner persönlichen Haftung vom Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen wird, um eine Aufwendung i. S. des § 110 HGB; sie ist nur gegen die Gesellschaft, bis zur Auseinandersetzung, aber nicht gegen die einzelnen Gesellschafter geltend zu machen, und von da ab nur nach Maßgabe ihrer Anteile. Dagegen läßt die abweichende Ansicht für das Rückgriffsrecht des zahlenden Gesellschafters grundsätzlich die Bestimmung des § 426 BGB zur Anwendung kommen und ermöglicht damit ihm ein Vorgehen gegen die übrigen Gesellschafter schon vor der Auflösung der Gesellschaft; sie macht dennoch die Beschränkung, daß der rückgriffsberechtigte Gesellschafter gegen die Mitgesellschafter erst dann vorgehen kann, "wenn die Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen fruchtlos versucht ist oder dessen Insuffizienz feststeht (45).

Man unterscheidet in der Rechtssprechung und Rechtslehre in dem Fall, daß ein Gesellschafter Gläubiger der Gesellschaft wird (46), zwischen den Ansprüchen, die ein Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses gegen die Gesellschaft erwirbt (sog. sozialrechtliche Ansprüche), einerseits und andererseits solchen Ansprüchen, deren Entstehung von dem Gesellschaftsverhältnis rechtlich unabhängig ist (sog. individualrechtliche Ansprüche), hinsichtlich ihrer rechtlichen Behandlung (47). Die Ansprüche sozialrechtlicher Art berühren das Gesellschaftsverhältnis, d. h. das Verhältnis der Gesellschafter unterein-

ander und besteht daher für sie keine persönliche Haftung der Mitgesellschafter während der Dauer der Gesellschaft. Der Gläubiger muß sich an das Gesellschaftsvermögen halten und im übrigen warten, bis das Abwicklungsverfahren eingeleitet wird (48). Sehr umstritten ist dagegen die Rechtsstellung des Gesellschafters, der aus einem außergesellschaftlichen Grunde Gläubiger der Gesellschaft wird. Die eine Ansicht verneint (49) während des Bestehens der Gesellschaft jede Haftung der Mitgesellschafter und verweist den Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen, während die andere Ansicht zwar die Belangbarkeit der Mitgesellschafter bejaht, aber je nach der Betonung der einen oder anderen Seite der Doppelstellung des Gläubiger-Gesellschafters in sehr verschiedenem Umfang. Entweder soll der Gläubiger-Gesellschafter jeden Mitgesellschafter nur anteilmäßig, bzw. in Höhe seines Verlustanteiles (50), oder unter Abzug seines Verlustanteiles solidarisch auf die ganze Forderung belangen können (51). Schließlich noch eine letzte Meinung, die in der Literatur weiter nicht viel Anhänger findet, gewährt dem Gläubiger-Gesellschafter völlig die Stellung eines Dritten, so daß er jeden Mitgesellschafter gesamtschuldnerisch und unbeschränkt in Anspruch nehmen kann (52).

3. Im schweizerischen Recht:

Auch hier ist die Solidarität der Haftung gesetzlich zwingend vorgeschrieben (Art. 568 I II SOR); jedoch erlangt sie im Unterschied zum deutschen Recht - wie im türkischen Recht - erst in zweiter Linie, d. h. nach der erfolglosen Betreibung oder Auflösung der Gesellschaft Wirksamkeit. Über die Einzelheiten der solidarischen Haftung ist nichts Besonderes zu erwähnen; es ist wie im türkischen Recht, da die betreffenden Bestimmungen die gleichen sind.

Auch hier wird wie im türkischen und deutschen Recht dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber ein Solidarschuldverhältnis zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern abgelehnt, u. z. nicht allein auf Grund der Vorausklagepflicht des Gläubigers, worauf die Gesellschafter jederzeit verzichten können, sondern einfach deswegen, weil die Abhängigkeit der Gesellschafterschuld von der Gesellschaftsschuld mit der im Art. 146 SOR festgelegten Selbständigkeit jeder Solidarobligation (53) unvereinbar ist (54).

Das Regreßrecht des vom Gläubiger belangten Gesellschafters gegen die Gesellschaft ergibt sich, wie im türkischen Recht, aus der auch für die Kollektivgesellschaft geltenden Bestimmung des Art. 537 SOR (55). Dieser Anspruch kann schon während des Bestehens der Gesellschaft geltend gemacht werden und zwar in voller Höhe des Geleisteten (56). Der rückgriffsberechtigte Gesellschafter muß zuerst aus dem Gesellschaftsvermögen Befriedigung suchen, weil es im allgemeinen keine Nachschußpflicht der Gesellschafter gibt (57). Er kann seinen Regreßanspruch auch im Konkurse der Gesellschaft in voller Höhe geltend machen (58). Bei der teilweisen Befriedigung des Gesellschaftsgläubigers kommt die Bestimmung des Art. 217 SchKG zur Anwendung (59).

Soweit gegen die Gesellschaft kein Regreß genommen werden kann, weil sie erloschen oder ihr Vermögen verteilt ist oder eine Be-

friedigung aus dem Gesellschaftsvermögen fruchtlos versucht worden ist, kann der regreßberechtigte Gesellschafter gegen die Mitgesellschafter vorgehen (60). Da der Regreßanspruch im Grunde genommen eine Gesellschaftsschuld darstellt, sind die regreßberechtigten Gesellschafter hinsichtlich der Geltendmachung des Regreßanspruches gleich zu behandeln wie die anderen Gesellschaftsgläubiger, m.a.W. die Regreßnahme der Mitgesellschafter setzt voraus, daß für diese die im Art. 568 III SOR erwähnten Voraussetzungen der Belangbarkeit durch den gesellschaftsfremden Drittgläubiger erfüllt sind (61).

Der Bestand und die Höhe des Regreßrechtes sowie die Haftung der Mitgesellschafter im Innenverhältnis hängt von der Ordnung der Verlustbeteiligung ab (62). Hierfür sind maßgebend die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, und wenn dieser darüber nichts enthält subsidiär die Bestimmung des Art. 533 SOR, wonach jeder Gesellschafter im Zweifel den gleichen Verlustanteil zu tragen hat. Nach dieser Regelung ist der zahlende Gesellschafter gegenüber seinen Mitgesellschaftern erstens insoweit regreßberechtigt, als seine auf die bestimmte Schuld gemachten Zahlungen den von ihm zu tragenden Anteil an dieser Schuld überschreiten (63); sodann kann er seine Mitgesellschafter nicht solidarisch, sondern anteilmäßig nach Maßgabe ihrer Verlustbeteiligung belangen (64).

Bei den außergesellschaftlichen Ansprüchen dagegen, die man allerdings auch im schweizerischen Recht von den gesellschaftlichen Ansprüchen unterscheidet (65), kann der regreßberechtigte Gesellschafter seine Mitgesellschafter nicht anteilig, sondern wie ein Drittgläubiger solidarisch belangen, soweit allerdings die Voraussetzungen ihrer Belangbarkeit durch den Gesellschaftsgläubiger erfüllt sind (66). Dennoch muß der Gesellschafter-Gläubiger sich den Anteil an der Gesellschaftsschuld abziehen lassen, für den er als Gesellschafter regelmäßig selbst aufzukommen hat (67).

C. DIE SUBSIDIARITÄT DER HAFTUNG:

1. Im türkischen Recht:

Nach Wortlaut des Art. 179 THGB, welcher zu Beginn dieses Abschnittes angeführt wurde, ist die unbeschränkte und solidarische Haftung sämtlicher Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft, anders als im deutschen Recht, nicht eine primär - unmittelbare, sondern eine subsidiär - mittelbare. Sie haften nicht neben, sondern hinter der Gesellschaft und sind von den Gesellschaftsgläubigern erst dann belangbar, wenn die Gesellschaft selbst zahlungsunfähig ist oder ihr Ende gefunden hat. Bevor diese Umstände eintreten, haften sie für die Gesellschaftsschulden nur mittelbar, indem sie der Gesellschaft gegenüber, gegen welche die Gläubiger unmittelbar vorgehen können, für die vorliegenden Gesellschaftsschulden und -verluste nach den im internen Verhältnis maßgebenden Bestimmungen im Umfange ihres Anteils einstehen (1).

Der Umstand, daß die Gesellschaftsgläubiger vor dem Eintritt der im Art. 179 I THGB genannten Voraussetzungen die Gesellschafter nicht unmittelbar belangen, sondern nur gegen die Gesellschaft selbst vorge-

hen können (2), hindert sie jedoch nicht daran, zur Sicherstellung ihrer Rechte und Forderungen das Privatvermögen der Gesellschafter mit vorläufigem Arrest zu belegen (Art. 179 II Satz 1 THGB). Die im Art. 264 I SchKG dafür vorgesehene siebentägige Frist zur Anhebung der Klage oder Betreibung beginnt vom Eintritt der Belangbarkeit des einzelnen Gesellschafters nach Art. 179 I THGB an zu laufen. Wird jedoch vom Zeitpunkt der Mitteilung des Arrestprotokolls an innerhalb der gesetzlichen Frist gegen die Gesellschaft keine Klage erhoben oder das Vollstreckungsverfahren aufgenommen, so entfällt der Arrest (Art. 179 II Satz 2 THGB) (3).

Die Subsidiarität der Gesellschafterhaftung, die sich im schweizerischen Recht überwiegend durch praktische Erwägungen rechtfertigt (4), ist im türkischen Recht vor allem aus dem Wesen der Kollektivgesellschaft als juristischer Person herzuleiten. Da sie im türkischen Recht als eine von ihren Mitgliedern völlig verschiedene Person bezeichnet wird, ist diesem Grundsatz entsprechend deren Rechts- und Pflichtensphäre von denen ihrer Mitglieder vollkommen getrennt. Wenn durch die Eingehung der Verbindlichkeiten unter der Gesellschaftsfirma nicht der einzelne Gesellschafter persönlich, sondern die Gesellschaft selbst Schuldnerin wird, so hat sie auch für deren Erfüllung, solange sie aufrecht steht, selbst und in erster Linie einzustehen. Erst wenn sie nicht mehr existiert oder wenn ihr Vermögen zur Tilgung ihrer Schulden nicht ausreicht, tritt dann, einzig auf Grund der gesetzlichen Vorschrift, als zusätzliche Sicherung die persönliche Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen ein (5). Insofern ist das Gesellschaftsvermögen eine selbständige, als Deckungsmittel ausschließlich und in erster Linie für die Gesellschaftsschulden verhaftete Vermögensmasse (6), während das Privatvermögen des Gesellschafters vielmehr analog der einfachen Bürgschaft (7) für den Fall der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eine Art Reservefonds bildet. Ferner, weil die Absonderung eines besonderen Gesellschaftsvermögens vor allem auf die Tatsache zurückzuführen ist, daß dieses ausschließlich zur Verwirklichung des Gesellschaftszweckes dienen soll, ist es auch im Interesse dieser beabsichtigten Rechnungsklarheit, daß die mit dem Betrieb des Gesellschaftsunternehmens zusammenhängenden Schulden aus dem Gesellschaftsvermögen getilgt werden. Da die persönliche Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen ihrem Zweck nach ein Ersatz- d. h. ein Ergänzungsmittel für das Gesellschaftsvermögen darstellt (8), rechtfertigt sich ein unmittelbares Vorgehen gegen die Gesellschafter erst dann, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Gesellschaftsvermögens festgestellt wird.

Im Gegensatz zu der Unbeschränktheit und Solidarität der Gesellschafterhaftung, die vom Gesetz im Interesse der Gesellschaftsgläubiger zwingend vorgeschrieben wird, ist die Subsidiarität ein ausschließlich zugunsten der Gesellschafter aufgestelltes und daher ihrerseits dispositives Rechtsprinzip. Wie auch die Anordnung der Art. 178 u. 179 THGB erkennen läßt, bezieht sich das Verbot einer entgegenstehenden Vereinbarung des Gesellschaftsvertrages (Art. 178 III THGB) nur auf die Unbeschränktheit und Solidarität der persönlichen Haftung (Art. 178 I THGB), nicht aber auf die Subsidiarität, die im Art. 179 I THGB geregelt wird (9). Infolgedessen steht im Einzelfall,

da u. U. nur der Wegfall der Subsidiarität den Gesellschaftsgläubigern eine genügende Sicherheit bieten mag, rechtlich nichts im Wege, daß die Gesellschafter von sich aus durch Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in den Gesellschaftsvertrag oder durch besondere Abreden mit bestimmten Gläubigern oder durch Eingehung einer Solidarbürgschaft zugunsten der Gesellschaft auf die Subsidiarität ihrer persönlichen Belangbarkeit verzichten (10).

Vom Zeitpunkt an, in dem die persönliche Belangbarkeit der Gesellschafter eintritt, stehen die Gesellschaft und ihre Gesellschafter dem Gläubiger nach dem Worlaut des Art. 179 I THGB als zwei gleichrangige Verpflichtungssubjekte gegenüber. Wahlweise kann der Gläubiger den einzelnen Gesellschafter allein oder ihn gleichzeitig mit der Gesellschaft in Anspruch nehmen, wobei die Inanspruchnahme des einen die des anderen nicht verhindert (11).

Nach diesem allgemeinen Überblick über das Subsidiaritätsprinzip kann jetzt die Frage nach den einzelnen Voraussetzungen der direkten Belangbarkeit der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden untersucht werden.

Gemäß Art. 179 I THGB tritt die unmittelbare Belangbarkeit der Gesellschafter erst dann ein, "wenn die Vollstreckung gegen die Gesellschaft fruchtlos geblieben ist, oder wenn die Gesellschaft aus irgendeinem Grunde ihr Ende gefunden hat" (12).

I. Fruchtlose Vollstreckung gegen die Gesellschaft (ohne Konkurs):

Gemäß Art. 18, 20 THGB unterliegt die Kollektivgesellschaft als Kaufmann der Konkursbetreibung. Da mit der Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft diese gemäß Art. 185 Ziff. 1 THGB aufgelöst wird, d. h. ihr Ende findet (13) und ihre Zahlungsunfähigkeit festgestellt wird, tritt die unmittelbare Belangbarkeit der Gesellschafter ein. Die Erwähnung der fruchtlosen Vollstreckung als einer besonderen Belangbarkeitsvoraussetzung im Art. 179 THGB ist darauf zurückzuführen, daß der Gläubiger im türkischen Recht gemäß Art. 43 SchKG dem der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner gegenüber die Betreibung nach seiner freien Wahl sowohl im Wege des Konkurses wie auch im Wege der Pfändung fortsetzen kann (14). Eine Pfändung oder bei den pfandversicherten Forderungen die Pfandverwertung (Art. 45 SchKG) hat zwar nicht die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, doch aber unter Umständen die primäre Belangbarkeit der Gesellschafter, wenn die Zwangsvollstreckung ganz oder zum Teil fruchtlos geblieben ist.

Da das Gesetz die persönliche Belangbarkeit der Gesellschafter von der fruchtlosen Vollstreckung gegen die Gesellschaft abhängig macht, muß noch näher geprüft werden, wann ein solcher Umstand angenommen werden kann. Hierzu kommt vor allem der Begriff des "Verlustscheines" in Betracht (15). Es fragt sich, ob zur Annahme der fruchtlos gebliebenen Vollstreckung ein Verlustschein im Sinne der Art. 105, 143, 251 SchKG erforderlich ist. In der Rechtslehre und Rechtssprechung sind die Ansichten darüber geteilt. Nach einer Meinung kann lediglich durch Verlustschein bewiesen werden, ob die Kollektivgesellschaft tatsächlich zahlungsunfähig ist (16). Nach einer an-

deren Meinung (17) dagegen genügt es nach dem Zweck des Gesetzes, wenn die Tatsache, daß die Gesellschaft nicht imstande sei, ihre Schulden selbst zu zahlen, irgendwie durch Gericht oder Vollstreckungsamt "amtlich" festgestellt wurde. Dies sei z. B. der Fall, wenn bei der Betreibung der Gesellschaft durch den vorläufigen Arrest keine pfändbare Habe gefunden werde; der gleiche Effekt könne auch durch eine Feststellungsklage erzielt werden (18).

M. E. ist von diesen beiden Ansichten die erste eher anzunehmen als die zweite. Ganz gleichgültig, auf welche Weise die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft auch zutage tritt, muß sie jedenfalls "amtlich und definitiv" festgestellt werden, was nur mittels Ausstellung eines Verlustscheines geschehen kann. Der Verlustschein bildet beim Vorgehen gegen den einzelnen Gesellschafter einen endgültigen Ausweis dafür, daß gegen die Gesellschaft vollstreckt wurde und diese Vollstreckung fruchtlos geblieben ist. Hiernach reicht es zur Belangung des einzelnen Gesellschafters nicht aus, daß die Gesellschaft ihre Zahlungen eingestellt hat (19). Die Einstellung der Zahlungen gibt dem Gläubiger gemäß Art. 177 I Ziff. 2 SchKG das Recht, ohne vorgängige Betreibung die Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners zu verlangen, soweit dieser der Konkursbetreibung unterliegt. Bis zum Eintritt dieses Vorganges ist die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners noch nicht dokumentiert. Ebenso ist der Pfandausfallschein aus einer Betreibung auf Pfandverwertung (Art. 152 SchKG) kein genügender Ausweis für die erfolglose Betreibung der Gesellschaft, da er nur beweist, daß die Pfanddeckung ungenügend ist; er gibt das Recht zur weiteren Betreibung auf Pfändung oder Konkurs; wenn aber bei dieser weiteren Pfändung ein leerer oder nicht genügend gedeckter Pfandschein herauskommt, so bedeutet es die endgültige Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, welche dann mit dem für den Gläubiger ausgestellten Verlustschein dokumentiert wird (20).

Die direkte Belangung der Gesellschafter steht nicht nur denjenigen Gläubigern zu, die durch Veranlassung der Betreibung der Gesellschaft für sich einen Verlustschein bekommen haben, sondern allen übrigen Gesellschaftsgläubigern (21); denn für die übrigen Gläubiger ist eine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen nicht mehr zu erwarten, da der Verlustschein nur im Falle der Erschöpfung aller Zahlungsmöglichkeiten der Gesellschaft ausgestellt wird. Die im Verlustschein dokumentierte Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ist also praktisch dem Konkursausbruch gleichzustellen, wobei alle Gläubiger berechtigt sind, für ihre Forderungen Befriedigung zu suchen.

II. Beendigung der Gesellschaft:

Als zweite Möglichkeit für die Geltendmachung der persönlichen Haftung der Gesellschafter wird im Art. 179 I THGB der Umstand erwähnt, daß die Gesellschaft aus irgendeinem Grunde "ihr Ende gefunden hat". In der entsprechenden Bestimmung des früheren THGB und des Regierungsentwurfes zum neuen THGB war die Wendung "wenn die Gesellschaft aufgelöst worden ist" verwendet. Die heutige Formulierung des Gesetzes ist bei der Beratung des Entwurfes vom Rechtsausschuß eingeführt worden. Als Begründung für diese Änderung wird im Proto-

koll des Rechtsausschusses folgendes ausgeführt (22): Erstens "soll es gleichzeitig den Fall mitumfassen, daß die Gesellschaft ipso jure aufgelöst wird". Das tat aber gar nicht not, da unter dem Ausdruck "Auflösung" nach der in der Türkei üblichen Rechtsterminologie im allgemeinen alle Fälle verstanden wurden, die die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hatten, wobei es nicht darauf ankam, ob die Gesellschaft durch den Beschluß der Gesellschafter bzw. des Gerichtes zur Auflösung gebracht wurde, oder kraft der Bestimmung des Gesellschaftsvertrages sowie des Gesetzes selbst ipso jure aufgelöst wurde (23). Sodann soll nach dem Rechtsausschuß "Die Ausdrucksweise des Gesetzes durch die jetzige Formulierung mit der Plenarentscheidung des Kassationshofes, wonach eine in der Liquidation befindliche Gesellschaft ans Ende ihres normalen Lebens angelangt sei (24), in Einklang gebracht werden". M. E. ist auch diese Erwägung nicht zutreffend, denn gerade nach dem jetzigen Wortlaut des Gesetzes kann man annehmen, daß Art. 179 THGB das Liquidationsstadium nicht mitumfaßt (25), da die Gesellschaft nach dem Wortlaut des Art. 208 THGB während der Liquidation nicht ihr Ende findet, also aufhört, zu existieren, sondern, wenn auch nur für den Liquidationszweck, doch weiter fortbesteht.

Zur Zeit des ATHGB waren die Ansichten des Kassationshofes über die Auslegung und Anwendung des Art. 175 ATHGB, der inhaltlich dem heutigen Art. 179 THGB entsprach, nicht konsequent. Während der Kassationshof in einer früheren Entscheidung auf Grund des Wortlautes des Art. 175 ATHGB schon während der Liquidation der Gesellschaft die unmittelbare persönliche Haftung der Gesellschafter zuließ (26), versagte er in einer späteren Entscheidung, sich auf Art. 217 ATHGB -bzw. 208 des neuen THGB- stützend (27), den Gesellschaftsgläubigern, vor der Beendigung der Liquidation gegen die Gesellschafter direkt vorzugehen. "Solange die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft weiterbesteht, können die Gesellschafter persönlich nicht belangt werden". Um diesen Gegensatz zwischen beiden Entscheidungen zu beseitigen, hat das Plenum des Kassationshofes durch eine Plenarentscheidung (28) die Bestimmung des Art. 175 ATHGB dahin ausgelegt, daß entsprechend der einheitlich herrschenden Meinung in der Schweiz über Art. 568 III SOR, welcher für die Bestimmung de Art. 175 ATHGB vorbildlich war, die Auflösung der Kollektivgesellschaft für die Gesellschafter der Aufhebung der Existenz der Gesellschaft gleichzustellen sei, und daß daher die Gläubiger auch während der Liquidation die Gesellschafter persönlich belangen können. Wenn Art. 217 ATHGB nur für den Liquidationszweck und zur Erleichterung der Abwicklung bis zur Beendigung der Liquidation das Bestehenbleiben der Rechtspersönlichkeit der Kollektivgesellschaft erwähne, so bedeute dies lediglich eine Ausnahme der allgemeinen Regel. Werde nun trotz der deutlichen Vorschrift des Art. 175 ATHGB durch die Ausdehnung der Bestimmung des Art. 217 ATHGB das absolute Fortbestehen der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft auch nach ihrer Auflösung angenommen, so heiße dies, daß somit die Ausnahme vor der Regel bevorzugt werde.

Aus dieser Entscheidung des Kassationshofes, welche auch der Rechtsausschuß zugrunde legt (29), ergibt sich also, daß schon mit

dem Eintritt eines der Auflösungsgründe (30) die Subsidiarität der Gesellschafterhaftung wegfällt; der Gläubiger kann, ohne die Beendigung der Liquidation abzuwarten, schon während des Liquidationsverfahrens unmittelbar gegen den solventen Gesellschafter vorgehen (31).

M. E. kann diesem Ergebnis, das der Rechtsausschuß auch für das neue THGB gelten lassen will, nicht zugestimmt werden. Die Gesetzesmaterialien bilden zwar bei der Auslegung einzelner Bestimmungen eine wichtige Auskunftsquelle, aber nicht die einzig ausschlaggebende. Eine Gesetzesvorschrift ist nicht allein nach den subjektiven Meinungen einiger zufällig an deren Vorbereitung beteiligten Personen, sondern vor allem nach dem aus ihrem Wortlaut hervorgehenden objektiven Sinn auszulegen. Das neue THGB spricht nicht wie das ATHGB von der "Auflösung", sondern von der "Beendigung" der Gesellschaft und dieser Zustand tritt nach Art. 208 THGB erst mit der Beendigung der Liquidation ein. Daß die Gesellschafter vor der Beendigung der Liquidation nicht unmittelbar belangt werden können, geht vor allem aus der Tatsache hervor, daß die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft während der Liquidation nur für die Erledigung der Liquidationsangelegenheiten besteht, deren Kernpunkt gerade die Tilgung der Gesellschaftsschulden bildet. Wie bereits erwähnt wurde, besteht der Grundgedanke der subsidiären Haftung der Gesellschafter darin, daß sie nicht eher in Anspruch genommen werden sollen, bevor die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft feststeht. Danach ist die unmittelbare Inanspruchnahme der Gesellschafter erst dann zuzulassen, wenn die Liquidation beendigt ist und die Gesellschaftsgläubiger darin keine Befriedigung für ihre Forderungen erlangen konnten (32). Es wäre eine unnötige Härte, die unmittelbare Belangbarkeit der Gesellschafter zuzulassen, obwohl die Gesellschaft noch imstande ist, ihre Schulden selbst zu tilgen (33).

Gegen die Verweisung des Kassationshofes auf die im schweizerischen Recht herrschende Lehre über die Bestimmung des Art. 568 III SOR, welche dem Art. 179 THGB als Vorbild diente, ist vor allem folgender vom Kassationshof selbst in zwei Plenarentscheidungen festgelegter Rechtssatz hervorzuheben: "Die Auslegung der -rezipierten- Gesetze müssen zwar auf der Grundlage des türkischen Textes aber unter gleichzeitiger Berücksichtigung des betreffenden ausländischen Textes erfolgen, da der Richter bei seinen Entscheidungen -gemäß Art. 1 III TZGB- auch die Rechtslehre und Rechtssprechung mitberücksichtigen kann" (34). Wie Arslanli (35) zutreffend hervorhebt, hat die Bestimmung des Art. 568 SOR, wonach die Gesellschaftsgläubiger mit der Auflösung der Gesellschaft unmittelbar die Gesellschafter belangen können, im schweizerischen Recht eine besondere Bedeutung. Da die Kollektivgesellschaft dort, anders als im türkischen Recht, keine juristische Person ist, und daher die Gesellschafter ohnehin Schuldner der Gesellschaftsverbindlichkeiten sind, hebt die Auflösung der Gesellschaft das einzige Hindernis zur unmittelbaren Belangung der Gesellschafter, sich zunächst an das zweckgebundene Gesellschaftsvermögen zu halten, auf und tritt somit die Belangbarkeit der Gesellschafter ein. Dagegen ist die Kollektivgesellschaft im türkischen Recht eine juristische Person und verliert mit der Auflösung weder ihre Persönlichkeit noch die Eigenschaft ihres Vermögens, nach wie vor ausschließlich für

die Gesellschaftsschulden ein Deckungsobjekt zu bilden.

Von der praktischen Seite aus gesehen sind zwar gewisse Umstände denkbar, die die Abwicklung der Gesellschaft mit sich bringen könnte, und die gegen einen Ausschluß der Belangbarkeit der Gesellschafter im Liquidationsstadium sprechen könnten: Im Grunde genommen dauert die Erledigung der im Art. 230 THGB erwähnten Liquidationsangelegenheiten u. U. sehr lange Zeit; dazu kommt noch, daß die Gesellschafter selbst die Abwicklung verzögern könnten, da ihre Art und Dauer grundsätzlich als interne Sache von ihren Willen abhängt (36). Weil die Gesellschaft nach dem Eintritt der Auflösung kein Interesse mehr an der Erhaltung eines Gesellschaftsvermögens zum Betrieb ihres Gewerbes und zur gewissen Sicherung ihrer Kreditbasis hat, sind Vermögensverschiebungen zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern oder an einen Dritten vor der Deckung der Gesellschaftsschulden nicht nur möglich, sondern sehr wahrscheinlich, um das Gesellschaftsvermögen nach Möglichkeit dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger zu entziehen. Durch all diese Eventualitäten wird aber der Gesellschaftsgläubiger nicht schlechtergestellt als vor der Auflösung der Gesellschaft. Wenn seine Forderung fällig wird, kann er von der Gesellschaft, die ja während der Liquidation fortbesteht, Zahlung verlangen. Erreicht er aber hierbei keine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen, so kann er, wie vor der Auflösung, durch Vorlage des erzielten Verlustscheines unmittelbar gegen die einzelnen Gesellschafter vorgehen (37). Gegen die Vermögensverschiebungen sind sie nach wie vor durch die Bestimmung des Art. 277 SchKG über die Anfechtungsklage geschützt.

2. Im deutschen Recht:

Nach § 128 HGB haften die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Gesamtschuldner persönlich. Wenn auch in dieser Bestimmung nicht expressis verbis erwähnt wird, daß die Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden primär haften, wird es in der Doktrin und Praxis ausnahmslos angenommen. Abgesehen von der Tatsache, daß, wenn die persönliche Haftung der Gesellschafter subsidiär wäre, das HGB dann die Belangbarkeitsvoraussetzungen der Gesellschafter erwähnen müßte, ergibt sich die primäre Haftung der Gesellschafter aus dem Wesen der OHG. Wenn die herrschende Lehre und Rechtssprechung in der OHG nicht eine juristische Person, sondern begrifflich die gesamthänderische Zusammenfassung der Gesellschafter erblickt und daher die Gesellschafter als Schuldner der einheitlichen Gesellschaftsverbindlichkeiten erklärt (38), so ist es das Nächstliegende, daß der Gesellschaftsgläubiger zur Befriedigung seiner Forderung unmittelbar gegen die Gesellschafter vorgehen kann. Der Gesellschaftsgläubiger kann die Gesellschafter nach seiner freien Wahl sowohl als gesamthänderische Träger des verselbständigten Gesellschaftsvermögens als auch als Träger ihres Privatvermögens oder eben als Träger beider Vermögensmassen in Anspruch nehmen (39). Die Gesellschafter haften also für die Gesellschaftsschulden nicht hilfsweise hinter der Gesellschaft, sondern unmittelbar neben ihr auf der gleichen Stufe. Der beanspruchte Gesellschafter hat nicht die Einrede der Vorausklage, wie es im türkischen und schweizerischen Recht die

Regel ist (40).

Nach dieser Auffassung wird also im deutschen Recht der Personengesellschaftscharakter der OHG, d. h. das Überwiegen der Persönlichkeit der einzelnen Gesellschafter, auch nach außen in Vordergrund gestellt, obwohl das positive Recht die OHG in Wirklichkeit wie eine juristische Person regelt (41).

Nur in einem Fall wird von der primären Haftung des offenen Handelsgesellschafters eine Ausnahme gemacht: Wenn über das Vermögen der Gesellschaft und das Privatvermögen eines Gesellschafters gleichzeitig Konkurs eröffnet wird, wann können die Gesellschaftsgläubiger gemäß § 212 I KO im Gesellschafterkonkurs nur wegen des Ausfalles, den sie im Gesellschaftskonkurs erlitten haben, Befriedigung suchen.

Anders als im türkischen und schweizerischen Recht hat die erfolglose Betreibung oder Auflösung der Gesellschaft keinen Einfluß auf die persönliche Haftung der Gesellschafter. Sie haften sowohl während der Dauer der Gesellschaft wie auch nach deren Auflösung für die Gesellschaftsschulden mit der Gesellschaft auf derselben Stufe, bzw. in erster Linie. Die Auflösung führt, wie im türkischen und schweizerischen Recht, grundsätzlich keine Änderung in der Rechtsnatur der Gesellschaft herbei. Sie bleibt als Gesamthandsgemeinschaft bestehen (§ 156 HGB). Nur ihr Zweck ändert sich; aus der bisherigen Erwerbsgesellschaft wird eine Abwicklungsgesellschaft, ohne daß die Identität der Gesellschaft beeinträchtigt worden wäre (42).

3. Im schweizerischen Recht:

Als Vorbild des Art. 179 THGB ist die gesetzliche Regelung im schweizerischen Recht grundsätzlich die gleiche wie im türkischen. Art. 568 III SOR erwähnt für die Belangung des einzelnen Gesellschafters: die Auflösung der Gesellschaft, ihre erfolglose Betreibung oder den Konkurs des betreffenden Gesellschafters.

Die genannten Belangbarkeitsvoraussetzungen können sowohl durch Verzicht der Gesellschafter auf die Vorausklage (43) wie auch durch die Eingehung der Solidarbürgschaft zugunsten der Gesellschaft (44) zum Wegfall gebracht werden (45).

I. Die erfolglose Betreibung der Gesellschaft:

Anders als im türkischen Recht kann die Kollektivgesellschaft im schweizerischen Recht grundsätzlich nur auf Konkurs betrieben werden (46). Ausnahmsweise nur in den folgenden Fällen ist eine Betreibung der Kollektivgesellschaft auf Konkurs nicht möglich:

a. Wenn die Kollektivgesellschaft zur Zeit der Einreichung des Fortsetzungsbegehrens noch nicht ins Handelsregister eingetragen ist (47), so kann die Fortsetzung der Betreibung nach Art. 42 I i. V. m. Art. 39 I SchKG nur im Wege der Pfändung geschehen, sofern die Forderung nicht pfandgesichert ist. Angesichts der Bestimmungen in Art. 55 II und 941 SOR, nach welch letzterem der Registerführer die Beteiligten zur Erfüllung der Anmeldungspflicht anzuhalten und nötigenfalls die vorgeschriebenen Eintragungen von Amts wegen vorzunehmen hat, wird dieser Fall sehr selten vorkommen (48).

b. Die Betreibung der Kollektivgesellschaft auf Pfändung ist ferner möglich bei grundpfändlich gesicherten Zinsen und Annuitäten, sofern die Gesellschaft nicht ins Handelsregister eingetragen ist und der Gläubiger nicht den Weg der Pfandverwertung vorzieht (49).

c. Endlich ist für die im öffentlichen Recht begründeten Leistungen wie z. B. Steuern, Abgaben, Gebühren etc. eine Betreibung auch gegenüber der eingetragenen Kollektivgesellschaft gemäß Art. 43 SchKG nur auf dem Wege der Pfändung möglich. Vor allem mit Rücksicht auf diese Forderungen erwähnt Art. 568 III SOR die erfolglose Betreibung der Gesellschaft als besondere Belangbarkeitsvoraussetzung (50). Doch werden diese Forderungen im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftsschulden einen so unbedeutenden Teil des Passivbestandes der Gesellschaft ausmachen, daß infolge der anderen Passiva schon Konkurs eintreten wird, bevor diese geringen Beträge im Wege der Pfändung eingetrieben werden.

Für die pfandgesicherten Forderungen ist die Kollektivgesellschaft grundsätzlich nur auf die Pfandverwertung zu betreiben (51). Genügt der Erlös aus dem fraglichen Pfandobjekt für die Befriedigung des Gläubigers nicht, oder kann wegen des ungenügenden Angebotes die Verwertung des Pfandes nicht stattfinden, so wird dem Gläubiger ein Pfandausfallschein ausgestellt (Art. 158 I SchKG), auf Grund dessen dieser die Betreibung gegen die Gesellschaft im Wege des Konkurses weiterführen kann, sofern die Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen ist und sofern es sich nicht um eine Gült oder andere Grundlast handelt (Art. 158 II SchKG).

Eine Gesamtbetrachtung dieser Ausführungen bringt uns zu dem Ergebnis, daß die Betreibung der Kollektivgesellschaft im schweizerischen Recht in der Regel im Wege des Konkurses geschieht, welcher gemäß Art. 574 SOR die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat. Aus dieser Tatsache folgt praktisch weiter, daß der Kollektivgesellschafter des schweizerischen Rechts, wesentlich anderes als im deutschen Recht, für eine Gesellschaftsschuld in der Regel nicht in Anspruch genommen werden kann, solange die Gesellschaft besteht, bzw. nicht aufgelöst ist (52).

Auch im schweizerischen Recht wird die erfolglose Betreibung der Gesellschaft durch den Verlustschein dokumentiert (53). Damit steht die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft fest. Die gleiche Wirkung löst die Pfändungsurkunde (Art. 115 I SchKG), jedoch nicht der Pfandausfallschein (Art. 158 I SchKG), aus (54).

Wenn die Gesellschaft durch irgendeinen Gläubiger erfolglos betrieben worden ist, so wird dadurch die primäre Belangbarkeit der Gesellschafter für alle Gesellschaftsgläubiger wirksam, sofern ihre Forderungen bereits fällig sind (55).

II. Die Auflösung der Gesellschaft:

Bezüglich der Auflösung der Gesellschaft nimmt die herrschende Lehre an (56), daß die primäre Haftung der Gesellschafter mit dem Eintritt eines Auflösungsgrundes beginnt (57). Der Gläubiger kann also schon vor der Beendigung der Liquidation die einzelnen Gesellschafter

unmittelbar belangen, sofern seine Forderung fällig ist (58).

Die dritte Belangbarkeitsvoraussetzung (Konkurs eines Gesellschafters) wird später bei der Abhandlung über den Konkursfall untersucht werden.

§ 3

DIE RECHTSNATUR DER PERSÖNLICHEN HAFTUNG DES KOLLEKTIVGESELLSCHAFTERS

Nach der Untersuchung der Art der Haftung und damit zusammenhängender Nebenfragen kann jetzt auf der Grundlage der bisher gewonnenen Ergebnisse und unter Berücksichtigung der betreffenden gesetzlichen Bestimmungen die Frage nach der Rechtsnatur der Gesellschafterhaftung, bzw. ihrem Verhältnis zu der Schuld der Gesellschaft beantwortet werden.

1. Im türkischen Recht:

Der Begriff "Haftung" (Mesuliyet) wird in der türkischen Gesetzesterminologie und Rechtslehre je nach der Natur des vorliegenden Rechtsverhältnisses in dreifachem Sinne gebraucht (1):

a. Im Sinne von "Schuld" bedeutet die Haftung die Verpflichtung einer Person, eine bestimmte Verbindlichkeit zu erfüllen (2).

Wegen der zwischen Schuld und Haftung bestehenden gegenseitigen Abhängigkeit, weil die Haftung die normale Begleiterscheinung der Schuld ist (3), werden diese beiden Begriffe, die im deutschen Recht durch die sog. "Unterscheidungslehre" auseinander gehalten werden (4), im türkischen Recht als Korrelatbegriffe oft im gleichen Sinne gebraucht (5).

b. Im Sinne der "Vertretbarkeit" bedeutet Haftung, daß jemand die Entstehung gewisser Umstände zu vertreten und somit deren rechtliche Folgen zu übernehmen hat (6).

c. Schließlich im Sinne der "Deckung" bedeutet Haftung die Zugriffsmacht des Gläubigers auf das Vermögen des Haftenden, um seine Forderung zu befriedigen.

Aus dieser Darstellung ergibt sich, daß die Haftung, abgesehen von ihrer Kausalbedeutung unter a. (7), sowohl im Sinne der persönlichen Verpflichtung (Schuld) wie auch im Sinne der bloßen vermögensrechtlichen Einstandspflicht verstanden werden kann (8). Je nach der Annahme der einen oder der anderen Bedeutung kann man zu unterschiedlichen, theoretisch und praktisch weit auseinandergehenden Ergebnissen gelangen. Wird die Haftung im Sinne von "Verpflichtung" angenommen, so sind auch die einzelnen Gesellschafter, wenn auch nur subsidiär, in der Regel zur persönlichen Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeit verpflichtet. Nimmt man dagegen an, daß es sich hierbei um die Haftung im Sinne der "Deckungspflicht" handelt, so kommt man zu dem Schluß, daß den einzelnen Gesellschafter nicht die Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeit, welche der Gläubiger allein von

der Gesellschaft verlangen kann, sondern nur die Pflicht trifft, dem Gläubiger das Interesse, das durch die Nichterfüllung seitens der Gesellschaft beeinträchtigt wird, mit seinem ganzen Vermögen, also in Geld zu ersetzen (9).

Wie im deutschen und schweizerischen Recht herrscht auch im türkischen Recht keine Einigkeit über diese Fragen.

Arslanlı (10) vertritt "von der wirtschaftlichen und rechtlichen Struktur der Kollektivgesellschaft ausgehend" die Ansicht, daß auch die einzelnen Gesellschafter wie die Gesellschaft selbst "persönlich" zur Erfüllung der Gesellschaftsschuld verpflichtet seien; die Kollektivgesellschaft sei ein Gesellschaftstyp, der sich im Handelsverkehr auf der persönlichen Kreditwürdigkeit seiner Gesellschafter gründe; Dritte, die mit der Kollektivgesellschaft Geschäfte eingehen, vertrauen mehr den Gesellschaftern als der Gesellschaft als solcher, daher müsse dieses Vertrauen auch rechtlich geschützt werden. Wenn die Gesellschaft eine Verbindlichkeit eingehe, so würde dadurch in Wirklichkeit die Gesellschafter selbst verpflichtet. Die Annahme, daß die Gesellschafter, wenn es sich nicht um Geldschulden handele, bei Nichterfüllung durch die Gesellschaft lediglich vermögensrechtlich auf Schadenersatz haften, würde zur Folge haben, daß die Gesellschafter den Erfüllungsanspruch des Gesellschaftsgläubigers jederzeit zum Scheitern bringen könnten; dies wäre aber mit dem Wesen der Kollektivgesellschaft, deren stärkste Ausprägung darin bestehe, daß durch die persönliche und vermögensrechtliche Haftung der Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern eine zusätzliche Garantie gewährt werde, nicht vereinbar. Der Förderung der Kreditfähigkeit der Gesellschaft könne nur dadurch gedient werden, daß der einzelne Gesellschafter wie die Gesellschaft selbst schulde und hafte. Wenn die Gesellschaft sich einem Unternehmen gegenüber zur Wettbewerbsunterlassung verpflichtet habe, so habe es keinen praktischen Wert, daß nur die Gesellschaft unterlasse (11).

Nach dieser Ansicht ist also die Schuld der Gesellschaft und die der einzelnen Gesellschafter inhaltlich identisch, so daß der Gesellschaftsgläubiger, sofern die im Art. 179 I THGB genannten Umstände vorliegen, die Erfüllung der Schuld auch von den Gesellschaftern verlangen kann, es sei denn, daß diese Schuld ihrer Natur nach durch den einzelnen Gesellschafter nicht erfüllbar ist (12).

Die vorgetragene Ansicht mag vielleicht für das deutsche und schweizerische Recht zutreffend sein (13). Für das türkische Recht aber kann ihr nicht beigetreten werden.Vor allem ist hervorzuheben, daß die Kollektivgesellschaft im türkischen Recht, anders als im deutschen und schweizerischen Recht, eine juristische Person ist. Sie stellt eine in ihren Rechten und Pflichten von ihren Mitgliedern völlig getrennte Person dar. Eben mit Rücksicht auf diese Tatsache bestimmt Art. 177 I THGB ausdrücklich, daß aus den Rechtsgeschäften, die im Namen der Gesellschaft abgeschlossen werden, die Gesellschaft zum Gläubiger und Schuldner wird. Nach dieser Regelung ist also Subjekt der Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht die einzelnen Gesellschafter, sondern die Kollektivgesellschaft als solche. Es entsteht zwischen dem Gläubiger und den einzelnen Gesellschaftern, ja sogar nicht einmal

dem kontrahierenden Vertreter-Gesellschafter ein Schuldverhältnis; denn Vertragspartei eines unter der Gesellschaftsfirma, d. h. im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäft ist nicht der abschließende Gesellschafter, sondern die Kollektivgesellschaft selbst.

Aus der Feststellung, daß durch die Gesellschaftsverbindlichkeiten die Gesellschaft allein verpflichtet wird, ist notwendigerweise die Folgerung abzuleiten, daß die Bestimmung des Art. 178 THGB, welche die persönliche Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden festlegt, nicht bloß von deklaratorischer, sondern von kostitutiver Bedeutung ist. Die Verpflichtung der Gesellschafter, für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften, findet ihren Rechtsgrund erst in dieser zwingenden Vorschrift des Gesetzes; ohne diese Bestimmung hätte jeder rechtlogische Grund gefehlt, den einzelnen Gesellschafter zu verpflichten, für die Schulden der Gesellschaft, welche für ihn völlig fremde Schulden sind, zu haften.

Wenn die persönliche Haftung des einzelnen Gesellschafters allein durch die Vorschrift des Art. 178 THGB begründet wird, so muß sie auch ihren Inhalt aus derselben Vorschrift gewinnen. Der Grund, der den Gesetzgeber durch Aufstellung dieser Vorschrift zur Einführung der persönlichen Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden veranlaßt hat, muß die richtige Antwort auf die Frage nach dem Inhalt der Leistung, die der einzelne Gesellschafter auf Grund seiner persönlichen Haftung zu erbringen hat, geben. Es ist bereits erwähnt worden (14), daß der Zweckgedanke der Art. 178 und 179 THGB dahingeht, dem Gläubiger im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft für das Gesellschaftsvermögen, welches hinsichtlich seiner Aufbringung und Erhaltung zugunsten des Gläubigers durch keine gesetzliche Vorschriften garantiert ist, einen Ersatz zu verschaffen. Eben diese subsidiäre vermögensrechtliche Einstandspflicht jedes Gesellschafters mit seinem ganzen Hab und Gut ist es, was die Kreditfähigkeit der Gesellschaft fördert.

Aus der vorliegenden besonderen Funktion der Gesellschafterhaftung ergibt sich eindeutig, daß sie nicht eine "persönliche", sondern lediglich eine "vermögensrechtliche" Haftung ist (15). Für dieses Ergebnis spricht auch der Wortlaut des Gesetzes: Nach Art. 178 I THGB haften die Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft solidarisch und "mit ihrem ganzen Vermögen". Ebenso ist in Art. 179 II und 182 II THGB beim Akut-Werden dieser Haftung von der Arrestlegung oder Zwangsvollstreckung "in das Privatvermögen der Gesellschafter" die Rede.

Die Schuld des einzelnen Gesellschafters besteht nicht darin, die aus dem Gewerbebetrieb der Gesellschaft entstandenen und daher auch mit ihrer geschäftlichen Organisation und Betriebsmitteln zu erfüllenden (16) Gesellschaftsschulden zu erfüllen, was ihm meistens auch nicht zuzumuten sein wird, sondern einzig darin, dem Gläubiger aus seinem Privatvermögen das Interesse zu ersetzen, das durch die Nichterfüllung seitens der Gesellschaft verletzt wird (17). Auch die Bestimmung des Art. 179 I THGB, die die persönliche Belangung des einzelnen Gesellschafters erst dann zuläßt, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig wird, oder wie beim Konkursfall, wenn die Gefahr besteht, daß

eine vollständige Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen oder dem Privatvermögen der Gesellschafter nicht mehr zu erlangen ist, ist in diesem Sinne zu verstehen.

Daß der einzelne Gesellschafter nicht die von der Gesellschaft ursprünglich geschuldete Leistung, sondern etets das Geldinteresse schuldet, ergibt sich ferner aus einer Gegenüberstellung der betreibungsrechtlichen Vorschriften des SchKG mit Art. 179 I THGB:

Vorab möchte ich aber hier die Tatsache hervorheben, daß für die Haftung des einzelnen Gesellschafters immer der jeweilige Bestand der Gesellschaftsschuld maßgebend ist, also ihr letzter Zustand in dem Zeitpunkt, in dem sie unmittelbar gegen ihn geltend gemacht wird. Festzustellen ist danach die Frage, welche Form die Gesellschaftsschuld bis zum Eintritt eines der Umstände gewinnt, die die unmittelbare Belangbarkeit der Gesellschafter zur Folge haben.

In Betracht kommen einmal verschiedene Gattungen der Gesellschaftsverbindlichkeiten und zum anderen die Umstände, in denen der einzelne Gesellschafter unmittelbar belangt werden kann, nämlich:

A - Fruchtlose Vollstreckung ohne Konkurs, d. h. Pfändung: (18)

a. Bei "Geldschulden" liegt der Fall einfach. Hier schuldet der Gesellschafter, wenn auch durch die laufenden Zinse und Betreibungskosten in erweitertem Umfang, doch inhaltlich dieselbe Leistung wie die Gesellschaft, ganz gleichgültig, auf welche Art und Weise sie betrieben wurde.

b. Bei Leistungen, die nicht in Geld bestehen: (19)

1. Lieferung von beweglichen Sachen:

Nach Art. 24 SchKG wird die fragliche Sache dem Besitz der auf Vollstreckungsbefehl gar nicht oder zum Teil reagierenden Gesellschaft entzogen und dem Gläubiger gegeben. Ist das aber nicht möglich, so wird von ihr der entsprechende "Wert der Sache" (also Geld), welcher im Gerichtsurteil festgestellt ist, verlangt. Im Falle der Verweigerung wird der Betrag ohne besonderen Vollstreckungsbefehl im Wege der Pfändung eingetrieben (20). Wenn auch diese Exekution erfolglos bleibt, so wird dem Gläubiger für den Ausfallsbetrag ein Verlustschein ausgestellt, mit welchem dieser nunmehr gegen den einzelnen Gesellschafter unmittelbar vorgehen kann.

2. Räumung oder Auflassung der unbeweglichen Sachen:

Nach Art. 26 SchKG sind auch diese Forderungen grundsätzlich im Wege der Realexekution einzutreiben. Es gilt das gleiche Betreibungsverfahren wie im Art. 24 SchKG. Sofern das Grundstück bereits im Eigentum eines Dritten ist, hat der Gläubiger nach Art. 27 SchKG ein Wahlrecht: Entweder kann er gegen die Gesellschaft "Schadenersatzklage" erheben, oder er kann in die Rechte der Gesellschaft gegen den Dritten eintreten (21). Auch hier wird im Falle der erfolglosen Eintreibung der Schadenersatzforderung ein auf Geldbetrag lautender Verlustschein ausgestellt.

3. Die Verpflichtungen zu einem positiven Tun oder zur Unterlassung:

Darunter fallen sowohl die vertretbaren als auch die unvertretbaren Leistungen (die sog. Individualleistungen) (22).

α. Vertretbare Leistungen: (23)

Sofern die Gesellschaft den Vollstreckungsbefehl auf Realleistung nicht beachtet, hat der Gläubiger gemäß Art. 30 SchKG folgende Wahlrechte: 1. Er kann die "Ausführungskosten", die der Vollstreckungsbeamte durch die Sachverständige schätzen läßt, dem Vollstreckungsamt als Vorschuß zahlen und dieses läßt die Leistung durch einen Dritten ausführen. Bei Vollendung des Geschäftes wird der "Vorschußbetrag" ohne ein besonderes Gerichtsurteil von der Gesellschaft eingetrieben. 2. Ist der Gläubiger mit der Vorschußleistung nicht einverstanden, so wird der erforderliche "Betrag" von der Gesellschaft durch Pfändung - oder Konkurs - eingetrieben und das Vollstreckungsamt läßt damit das Geschäft durch einen Dritten ausführen. 3. Der Gläubiger kann schließlich, unter Vorbehalt seiner "Schadenersatzansprüche", sich gemäß Art. 97 I TOG ermächtigen lassen, die Leistung auf "Kosten" des Schuldners vorzunehmen (24).

β. Individualleistungen und Unterlassungen:

Das SchKG stellt im Art. 343 die Realleistung dieser Schulden sowie der sich auf Dienstbarkeiten beziehenden Schulden unter strafrechtliche Sanktion (Gefängnisstrafe), falls der Schuldner ohne besonderen Entschuldigungsgrund die Leistung verweigert. Wie bereits erwähnt wurde (25), ist diese Sanktion auf die Kollektivgesellschaft als juristische Person nicht anwendbar. Jedoch hat dies, wenn auch der Schuldner bestraft werden kann, den Wegfall der eigentlichen Forderung nicht zur Folge (26). Für die Kollektivgesellschaft greifen dann die Bestimmungen des TOG Platz. Im Falle der Nichterfüllung, bzw. des Zuwiderhandelns der Gesellschaft bei den Unterlassungspflichten, hat die Gesellschaft dem Gläubiger "für den daraus entstandenen Schaden Ersatz zu leisten" (Art. 96 u. 97 II TOG).

Vorliegende Ausführungen zeigen deutlich genug, daß die Gesellschaftsschulden bei der erfolglosen Betreibung der Gesellschaft auf Pfändung schon vor der Belangung des einzelnen Gesellschafters auf Schadenersatzanspruch in Geld verwandelt und als solche in den Verlustschein aufgenommen werden, auf Grund dessen die Gesellschaftsgläubiger dann gegen die einzelnen Gesellschafter unmittelbar vorgehen.

B - Konkurseröffnung über die Gesellschaft:

Betreibt der Gläubiger die Gesellschaft nicht auf Pfändung, sondern auf Konkurs, dann werden alle oben angeführten Forderungen, die nicht eine Geldzahlung zum Gegenstande haben, gemäß Art. 198 SchKG von der Konkursverwaltung in Geldforderungen von entsprechendem Werte umgewandelt (27), um zur gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger aus der Konkursmasse einen gemeinsamen Maßstab zu finden (28). "Die Konkursverwaltung hat indessen das Recht, die Verpflichtung des Gemeinschuldners zu erfüllen. Der Gläubiger kann in

diesem Fall verlangen, daß ihm die Erfüllung sichergestellt werde" (Art. 198 II SchKG). Diesem Vorbehalt kommt jedoch hinsichtlich der hier behandelten Frage keine praktische Bedeutung zu; denn, wenn die Gesellschaft ihre Schuld erfüllt, oder diese bei vertretbaren Leistungen durch einen Dritten erfüllen läßt (29), kommt der Gläubiger ohnehin gar nicht dazu, gegen den einzelnen Gesellschafter vorzugehen.

Für den Fall der Konkurseröffnung über das Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters, die ebenfalls seine direkte Belangbarkeit wegen der Gesellschaftsschulden auslösen wird, gelten die gleichen Grundsätze.

C - Beendigung der Gesellschaft ohne Konkurs:

Es ist bereits erwähnt worden (30), daß die primäre Belangbarkeit der einzelnen Gesellschafter bei der normalen Auflösung der Gesellschaft entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 179 I THGB) erst mit der Zahlungsunfähigkeit der Liquidationsgesellschaft, nicht aber mit dem bloßen Eintritt eines Auflösungsgrundes wirksam wird. Soweit die Liquidationsgesellschaft die Schuld tilgt, liegt der Fall klar; der Gläubiger braucht nicht gegen die Gesellschafter vorzugehen. Wird die Schuld aber nicht erfüllt, so kann er gegen die Liquidationsgesellschaft genau so wie vor der Auflösung die oben ausgeführten Vollstrekkungsmaßnahmen ergreifen (31). Das Ergebnis bleibt wiederum das gleiche; der einzelne Gesellschafter hat das Geldinteresse zu zahlen.

Wenn die bisherigen Ausführungen uns nachweisen, daß die Gesellschaftsschuld im Zeitpunkt ihrer Geltendmachung gegen die einzelnen Gesellschafter ihren ursprünglichen Charakter verliert, so ist dann die Hervorhebung des Art. 179 I THGB, daß "der einzelne Gesellschafter zusammen mit der Gesellschaft verklagt und betrieben werden kann", dahin zu verstehen, daß eine Identität zwischen der Gesellschafts-Gesellschafterschuld nicht vom Anfang an (32), sondern nur nach dieser Modifizierung besteht. Auch die Bestimmung des Art. 180 I THGB, wonach ein gegen die Gesellschaft ergangener Vollstreckungstitel beim Vorliegen der im Art. 179 I THGB genannten Belangbarkeitsvoraussetzungen auch gegen die Gesellschafter vollstreckbar ist, ist in diesem Sinne zu verstehen (33).

Die Ansicht, daß die Bestimmungen der Art. 174 - 180 THGB auf Grundlage der Haftungsordnung des schweizerischen Kollektivgesellschaftsrechts formuliert seien (34), und daß daher bei der Auslegung der betreffenden Bestimmungen die in der Schweiz herrschende Rechtslehre und Rechtssprechung zugrunde gelegt werden müsse (35), verkennt die Tatsache, daß die türkische und schweizerische Kollektivgesellschaften nicht wesensgleich sind. Dort ist die Realerfüllungspflicht des Kollektivgesellschafters selbstverständlich, weil die Gesellschafter selbst Träger der Recht und Verbindlichkeiten sind. Ferner, wenn das Protokoll des Rechtsausschusses (36) von der "persönlichen" Haftung der Gesellschafter spricht, so kann darunter wie die persönliche Erfüllungspflicht der Gesellschafter ebensogut ihre "vermögensrechtliche Persönlichkeit", d. h. die Unbeschränktheit ihrer Haftung verstanden werden.

Die hier vertretene Ansicht, daß durch die unter der Gesellschaftsfirma eingegangenen Verbindlichkeiten allein die Gesellschaft als solche verpflichtet wird, während die Gesellschafter in ihrer Privatsphäre unberührt bleiben, und beim Akut-Werden ihrer Haftung dem Gläubiger nur das Geldinteresse zu ersetzen haben, erweckt jedoch bei den Unterlassungspflichten der Gesellschaft Bedenken. Die Kollektivgesellschaft kann zwar über die außergesellschaftlichen Belange ihrer Mitglieder nicht verfügen, aber es ist auf der anderen Seite, wie das Reichsgericht in einer Entscheidung unter Bezugnahme auf § 242 BGB hervorhebt (37), zu erwägen, "ob es mit einer vertragstreuen Sorge für die Erfüllung der Gesellschaftsschuld vereinbar ist, das Vertragsziel der Gegenpartei des gesellschaftlichen Vertrages, durch solche Maßnahmen (d. h. Umgehungsmaßnahmen durch die Gesellschafter) zu vernichten". Auf Grund dieser zutreffenden Erwägung ist auch für das türkische Recht anzunehmen, daß durch die Unterlassungspflichten der Gesellschaft auch die Gesellschafter im Rahmen des Art. 2 TZGB unmittelbar gebunden werden (38).

Die bisherigen Ausführungen liefern uns zwei wichtige Ergebnisse: Die Haftung des Kollektivgesellschafters ist eine Haftung für fremde Schuld. Sie hat inhaltlich grundsätzlich nur eine Geldleistung zum Gegenstand. Mit Hilfe dieser beiden Ergebnisse kann die in der Literatur oft aufgeworfene Frage nach der Rechtsnatur der persönlichen Haftung des Kollektivgesellschafters näher untersucht bzw. von den anderen Haftungsarten genauer abgegrenzt werden.

Da hier eine Haftung für fremde Schuld vorliegt, erhebt sich vor allem die Frage, ob die persönliche Haftung des Kollektivgesellschafters unter eine der sog. Interzessionsverhältnisse eingegliedert werden kann. Vorweg ist hier festzustellen, daß die reinen Interzessionsverhältnisse grundsätzlich deswegen ausscheiden, weil die persönliche Haftung des Kollektivgesellschafters, nicht wei bei Garantievertrag, Bürgschaft, Schuldbeitritt und Schuldübernahme durch Rechtsgeschäft, sondern kraft gesetzlicher Vorschrift eintritt. Es kann sich daher nur darum handeln, ob die Haftung des Kollektivgesellschafters mit einem der Interzessionsverhältnisse so weitgehende Parallelen aufweist, daß man ihre Rechtsnatur als diesen ähnlich ansehen könnte (39).

Unter den Interzessionsverhältnissen scheidet die Schuldübernahme schlechtweg deswegen aus, weil hier die Kollektivgesellschaft durch die Mithaftung der Gesellschafter von ihrer Schuld nicht befreit wird (40). Ebenso bleibt auch der Schuldbeitritt (41) außer Betracht, weil der Kollektivgesellschafter anders als der Kumulativschuldübernehmer nicht die gleiche Leistung schuldet wie die Gesellschaft. Ferner besteht dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern wegen dieses inhaltlichen Unterschieds der geschuldeten Leistungen und wegen der strengen Abhängigkeit der Gesellschafterschuld von der Gesellschaftsschuld kein Gesamtschuldverhältnis (42), während bei der Schuldübernahme zwischen dem Urschuldner und dem Schuldübernehmer begriffsnotwendig ein Gesamtschuldverhältnis bestehen muß (43).

Unter diesen Umständen rückt die Frage in den Vordergrund, ob die Haftung des Kollektivgesellschafters dem im Art. 110 TO gere-

gelten Garantievertrag oder der Bürgschaft ähnlich zu bezeichnen ist. Bekanntlich unterscheiden sich Bürgschaft und Garantievertrag, die einander ähnliche Wirkungen haben, dadurch, daß jene akzessorischen Charakter hat, während dieser eine selbständige, von der versprochenen Leistung des Dritten an sich unabhängige Verpflichtung begründet (44). Da die Haftung des Kollektivgesellschafters stets das Vorhandensein einer Gesellschaftsschuld voraussetzt, fällt auch der Garantievertrag außer Betracht. Damit verbleibt nur die Bürgschaft als Vergleichsgegenstand mit der Haftung des Kollektivgesellschafters.

Aus einer Gegenüberstellung der Haftung des Kollektivgesellschafters mit derjenigen des Bürgen ergeben sich folgende Parallelen: Wie für den Bürgen der Bürgschaftsvertrag, so ist für den Kollektivgesellschafter die gesetzliche Bestimmung des Art. 178 THGB der Schuldgrund. Sowohl der Bürge als auch der Kollektivgesellschafter haften beide für eine fremde Schuld, die zwischen dem Hauptschuldner und seinem Gläubiger besteht; sie sind nicht Verpflichtungssubjekte dieses Schuldverhältnisses (45), sondern eines besonderen zwischen ihnen und dem Gläubiger auf Grund des Vertrages - bzw. vom Gesetzes wegen für den Kollektivgesellschafter - bestehenden Schuldverhältnisses kraft Haftung. Wie der Kollektivgesellschafter hat auch der Bürge im aktuellen Fall seiner Haftung eine Geldleistung zu erbringen (46), was aus der Bestimmung des Art. 484 TOG gefolgert werden kann, wonach der Bürgschaftsvertrag neben der schriftlichen Form als äußerste Grenze für die Inanspruchnahme des Bürgen der Angabe eines zahlenmäßig bestimmten Höchstbetrages zu seiner Wirksamkeit bedarf.

Eine weitere Übereinstimmung zwischen der Haftung des Kollektivgesellschafters und der des einfachen Bürgen liegt in der Subsidiarität. Beide Haftungssubjekte sind erst dann persönlich belangbar, wenn der Hauptschuldner nicht leistet (47); sie sind lediglich Nachschuldner.

Schließlich liegt eine weitgehende Parallele zwischen der Haftung des Kollektivgesellschafters und des Bürgen in der Akzessorietät. Der Bestand sowohl der Gesellschafterschuld als auch der Bürgenschuld wird durch die Schuld der Gesellschaft bzw. des Hauptschuldners bedingt, da sie zu deren Sicherung dienen, Wie bei der Bürgschaft (48), so ist auch bei der Kollektivgesellschaft die Entstehung, Fälligkeit und der Umfang der Schuld des einzelnen Gesellschafters von der Schuld der Gesellschaft abhängig. Das Bestehen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft bildet eine Voraussetzung der Schuldpflicht des einzelnen Gesellschafters. Er haftet für die Schulden der Gesellschaft insoweit, als sie gegenüber der Gesellschaft geltend gemacht werden können, und in dem Umfange, in dem sie zur Zeit seiner Belangung gegenüber der Gesellschaft bestanden (49).

Neben den hier ausgeführten Ähnlichkeiten bestehen zwischen der Haftung des Kollektivgesellschafters und des Bürgen folgende Unterschiede: Der Bürge haftet nur für eine "bestimmte" Schuld des Hauptschuldners bis zu dem im Bürgschaftsvertrag angegebenen Höchstbetrag (Art. 484 TOG) und für die gesetzlichen Folgen eines Verschuldens oder Verzuges des Hauptschuldners sowie - unter den Umständen des Art. 490 TOG - für die Ausklagungskosten des Hauptschuldners

und vertragsmäßigen Zinsen (Art. 490 TOG). Er haftet also, abgesehen von den oben genannten gesetzlichen Erweiterungen, grundsätzlich nur für eine bestimmte Geldschuld in ihrem im Bürgschaftsvertrag festgelegten Bestande. Durch ein nach Übernahme der Bürgschaft vom Hauptschuldner vorgenommenes Rechtsgeschäft wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert. Dagegen haften die Kollektivgesellschafter ohne ziffermäßige Beschränkung des Haftungsbetrages gemäß Art. 178 THGB für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft in vollem Umfange, d. h. in ihrem jeweiligen Dasein mit allen ihren gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Erweiterungen. Es steht dem Gläubiger ein Anspruch gegen den einzelnen Gesellschafter zu, solange er eine Forderung gegen die Kollektivgesellschaft hat, mag die Gesellschaftsschuld aus irgendeinem Grunde in ihrem ursprünglichen Bestand erweitert oder in ihrem Wesen geändert sein. Die Gesellschafter haften nach Art. 178 THGB für die Gesellschaftsschuld auch in ihrer neuen Gestalt automatisch und haben für sie mit ihrem ganzen Vermögen einzustehen.

Zusammenfassend läßt sich anhand der bisherigen Ausführungen feststellen, daß die Haftung des Kollektivgesellschafters eine mit der Bürgschaft zwar nicht absolut gleichgestellte aber ihr weitgehend ähnliche vermögensrechtliche Ersatzpflicht kraft gesetzlicher Vorschrift darstellt; sie umfaßt, anders als bei der Bürgenhaftung, sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit all ihren Erweiterungen und Modalitäten. Gegenüber der Bürgschaft folgt diese Differenz einmal aus der besonderen Funktion der Gesellschafterhaftung, durch Einstehen jedes Gesellschafters für "jede Verbindlichkeit" der Gesellschaft ihr die erforderliche Kreditfähigkeit zu gewährleisten, und zum anderen aus der besonderen Stellung des Gesellschafters in der Gesellschaft, durch welche dieser anders als der Bürge die Möglichkeit besitzt, auf die Tätigkeit der Gesellschaft Einfluß auszuüben (50) und den Mißbrauch seines Privatvermögens als Haftungsobjekt zu hindern (51).

2. Im deutschen Recht:

Noch komplizierter gestaltet sich die Problematik über die Rechtsnatur der persönlichen Haftung des Kollektivgesellschafters im deutschen und schweizerischen Recht, da die Kollektivgesellschaft hier vom Gesetz zwar nicht ausdrücklich als juristische Person geregelt aber in wesentlichen Punkten wie eine solche behandelt wird. Meinungsverschiedenheiten bestehen vor allem über die dogmatische Frage, wer Träger der Verbindlichkeiten ist, welche die Gesellschaft als solche eingeht. Sind die Gesellschafter in ihrer Einzelheit die Verpflichtungssubjekte, oder ist die Gesellschaft selbst Verpflichtungssubjekt, zu dem als akzessorische Verpflichtungssubjekte die Gesellschafter hinzutreten? Schuldet der einzelne Gesellschafter auf Grund seiner persönlichen Haftung dieselbe Leistung, oder unterscheidet sich seine Schuld inhaltlich von derjenigen der Gesellschaft?

Die herrschende Ansicht geht von dem Wesen der OHG als einer, wenn auch durch die Firmenführung modifizierten, Gesellschaft in bürgerlichrechtlichem Sinne aus und sieht in ihr die Summe der vereinigten Gesellschafter. Da die Gesellschaft nichts anderes darstellt als eine Zusammenfassung der Gesellschafter, d. h. keine Rechtsper-

son für sich, sind die Verpflichtungen der Gesellschaft und die der einzelnen Gesellschafter aus § 128 HGB nicht als voneinander getrennte Obligationen zu betrachten. Es liegt vielmehr eine einheitliche Verbindlichkeit der Gesellschafter vor, für die sowohl das Gesellschaftsvermögen, welches in Wahrheit ein Sondervermögen der Gesellschafter ist, als auch das Privatvermögen der Gesellschafter haftet. Da der Gesellschafter nicht für fremde, sondern für eigene Schulden haftet, sind die Schulden der OHG und die der Gesellschafter inhaltlich identisch (52).

Der herrschenden Ansicht wird in der Literatur vorgeworfen, daß sie die der OHG durch gesetzliche Vorschriften beigelegte Verselbständigung, welche § 124 HGB gerade für die Verbindlichkeiten an Dritte ausspreche (53), nicht genügend berücksichtige; sie führe, indem sie die Gesellschafts- und Gesellschafterschuld identifiziere, bei der Aufrechnung, rechtskräftigem Urteil (§ 129 HGB) und besonderes bei den Schuldverhältnissen zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter als Drittgläubiger (54) zu Widersprüchen; sie sei ferner in ihrer Konstruktion inkonsequent, weil sie, während sie bei der Zuständigkeit des Gesellschaftsvermögens davon ausgehe, daß es nicht den einzelnen Gesellschaftern, sondern ihrer Gesamtheit zustehe, bei der Erklärung der Gesellschaftsverbindlichkeiten diese Unterscheidung aufgebe (55).

Die von der herrschenden Theorie der einheitlichen Schuld abweichende Ansicht nimmt eine gesonderte Schuldpflicht des Gesellschafters an und unterscheidet zwischen dieser und der Schuld der Gesellschaft. Nach ihr hat die Gesellschaftsschuld selbständigen Charakter und trifft als gemeinschaftliche Schuld die Gesellschaft als solche, nicht aber die Gesellschafter in ihrer Vereinzelung. Sie sieht in § 128 HGB, nicht wie die herrschende Ansicht inhaltlich erweiterte Wiederholung des § 427 BGB für das Gebiet der nichtvertraglichen und teilbaren Verpflichtungen (56), sondern die gesetzliche Festlegung einer Haftung für fremde Schuld (57).

Im einzelnen gehen aber die Meinungen der unter dieser Gruppe zusammengefaßten Vertreter je nach dem gewählten Ausgangspunkt hinsichtlich der Begründung sowie der gezogenen Folgerungen auseinander:

a. Die Ansicht, die von der juristischen Persönlichkeit der OHG ausgeht (58), wird im Schrifttum fast einheitlich abgelehnt. Daher erübrigt sich jede weitere Ausführung.

b. Die übrigen Vertreter der abweichenden Ansicht, die grundsätzlich vom Gesamthandsprinzip ausgehend hinsichtlich der unter der Gesellschaftsfirma entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten die Verbundenheit der Gesellschafter, d. h. die Gesellschaftssphäre und die Privatsphäre der Gesellschafter scharf auseinanderhalten, kann man "im wesentlichen" unter zwei Gruppen zusammenfassen:

1. Die sog. Gesamthandstheorie betrachtet die OHG als eine Gesamthandsgemeinschaft sowohl hinsichtlich der Rechte als auch der Schulden. Es gibt hier die gleiche passive Gemeinschaftlichkeit, die der gemeinsamen Verfügungsmacht über das Gesellschaftsvermögen entspricht. Die Verbindlichkeiten der OHG sind die Gesamthandsschulden der Gesellschafter (59). Sie treffen also die Gesellschafter nicht in ihrer Vereinzelung, sondern in ihrer durch die gemeinsame Firma

gekennzeichneten Vereinigung, nämlich die OHG selbst (60). Jede Gesellschaftsschuld begründet zugleich auch eine Sonderschuld des einzelnen Gesellschafters, die jedoch von der ersten getrennt ist und im Verhältnis zu dieser ein rechtlich selbständiges Dasein führt (61). Diese selbständige Sonderschuld entspringt erst aus der Haftung der einzelnen Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft (62). Die Schuld des Gesellschafters besteht in der Verpflichtung, sich mit seinem gesamten Vermögen dafür einzusetzen, daß die Gesellschaftsschuld erfüllt werde. Nach dieser Ansicht ist also die Haftung des Gesellschafters nichts anderes als die Zugriffsmöglichkeit des Gesellschaftsgläubigers auf das Privatvermögen.

2. Die Lehre von der bürgschaftsähnlichen Natur der Gesellschafterhaftung: (63)

Nach dieser von Wieland gegründeten Theorie entspricht die Schuldpflicht des einzelnen Gesellschafters der Verpflichtung des Bürgen, der für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners einstehen muß (§ 765 BGB) (64) (65). Der einzelne Gesellschafter schulde nicht das, was die Firma zu leisten habe, sondern nur das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung durch die Firma (66).

Nach Wieland stehen die Schuld der Gesellschaft und die der einzelnen Gesellschafter zueinander im Verhältnis von Haupt- und Nebenschuld, wobei sie miteinander nicht zu identifizieren seien. Die Begründung für diese Ansicht findet er darin, daß er in der OHG zwar grundsätzlich eine Gesamthandseigenschaft sieht, die aber in bestimmten Fällen, wie z. B. in § 124 HGB eine juristische Person darstelle (67). Nach ihm setzt die besondere Klage und Vollstreckungsverfahren der §§ 124 II u. 129 IV HGB besondere Ansprüche voraus. Nur derjenige, gegen welchen die Klage gerichtet ist, müsse zur Erfüllung verpflichtet und befugt sein. Das seien, soweit die Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen in Frage stehe, die Gesellschafter nur in ihrer Zusammenfassung unter der gemeinsamen Firma (68).

Bei näherer Betrachtung der Ausführungen von Wieland stellt sich heraus, daß er eine Erfüllung der Firmenschuld durch den einzelnen Gesellschafter in jedem Fall für ausgeschlossen hält (69). Es kann daher mit dem Ausdruck "Haftung auf Erfüllungsinteresse" nicht eine Schadenersatzpflicht im Sinne der Naturalrestitution des § 249 BGB, wonach der Schuldner, bzw. der Gesellschafter, bei Nichterfüllung den ursprünglichen Zustand herzustellen hat, also doch wie die Gesellschaft zur Erfüllung verpflichtet ist, sondern vielmehr die übrigbleibende Möglichkeit, nämlich ein Ersatz in Geld gemeint sein (70).

Dieser Ansicht, die notwendig zur subsidiären Haftung der Gesellschafter führt, kann für das deutsche Recht nicht beigetreten werden. "Die Gläubiger könnten, wenn es sich nicht um Geldansprüche handelt und sie nicht etwa von vornherein auf die eigentliche Erfüllung verzichten wollen, zunächst nur gegen die OHG vorgehen, eine gleichzeitige Klage gegen die OHG und die Gesellschafter wäre nicht möglich" (71). Indem das HGB in § 128 auch die Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten in erster Linie belangbar erklärt, stellt es die grundsätzliche Erfüllungspflicht des Gesellschafters in den Vordergrund.

Ebenso wird die Ansicht, die aus konstruktiven Erwägungen die Gesellschafter nur in ihrer gesamthänderischen Zusammenfassung unter der Gesellschaftsfirma zur Erfüllung verpflichtet, vorgeworfen, "daß kein logisch zwingender Zusammenhang zwischen der Struktur der Gesellschaft und der Haftung, deren Regelung im Belieben des Gesetzgebers steht, besteht" (72). Dieser Vorwurf trifft auch die herrschende Lehre, die ebenfalls aus der starren konstruktiven Festlegung, daß die einzelnen Gesellschafter Träger der Verbindlichkeiten der Gesellschaft sind, die Erfüllungspflicht des einzelnen Gesellschafters ableitet (73). Allerdings wird auch dieser Grundsatz von der herrschenden Lehre nicht konsequent durchgeführt: Ihre Vertreter sehen sich gezwungen, im Einzelfall "nach der Art der Schuld" und der "Stellung der Gesellschafter" Einschränkungen zu machen. So wird von einem Teil zur Annahme der Realleistungspflicht des Gesellschafters vorausgesetzt, daß die Schuld durch ihn erfüllbar ist (74); eine andere Meinung nimmt an, daß sich im Einzelfall aus der Art der Verbindlichkeit ergeben könnte, daß nur die Gesellschaft auf Erfüllung haftet, während die Gesellschafter nur auf das Interesse bei Nichterfüllung durch die Gesellschaft in Anspruch genommen werden sollen (75). Ebenso werden bei Unterlassungspflichten der Gesellschaft verschiedene Meinungen vertreten: Nach einer Meinung ergreift die Unterlassungspflicht der Gesellschaft den einzelnen Gesellschafter in gleicher Weise wie die Gesellschaft (76). Nach einer zweiten Meinung ist die Unterlassungspflicht der Gesellschaft für die Gesellschafter grundsätzlich nur im gesellschaftlichen Bereich bindend (77).

Gegenüber dieser Verschiedenheit der Meinungen im Schrifttum über den Inhalt der Schuld des Gesellschafters nimmt der BGH zwar aus dem Zweckgedanken des § 128 HGB ausgehend grundsätzlich die persönliche Erfüllungspflicht des einzelnen Gesellschafters an (78). Er sucht aber im weiteren zwischen dem Schutzinteresse des einzelnen Gesellschafters in seiner gesellschaftsfreien Privatsphäre und dem Sicherheitsinteresse des Gesellschaftsgläubigers einen Kompromiß zu schließen: "Bei der Entscheidung, ob im Einzelfall ein Gesellschafter auf Erfüllung persönlich in Anspruch genommen werden kann, oder ob er nur auf das Interesse an der Erfüllung durch die Gesellschaft haftet, sind diese Interessen gegeneinander abzuwägen". Die Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters, nach § 705 BGB die Verwirklichung des gemeinsamen Zweckes zu fördern, erfaßt, soweit keine zusätzlichen Vereinbarungen getroffen werden, nur die Gesellschaftssphäre. In dieser Sphäre besteht kein Anlaß mehr, das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung durch den einzelnen Gesellschafter selbst hintanzusetzen. Deshalb kann, so faßt BGH seine Meinung im Anschluß an Hueck zusammen, ein Gläubiger vom sämtlichen Gesellschaftern oder einem einzelnen Gesellschafter jedenfalls dann eine Leistung beanspruchen und braucht sich nicht mit einer Haftung auf das Interesse zu begnügen, wenn die Einbringung dieser Leistung zu den gesellschaftlichen Pflichten des betreffenden Gesellschafters gehört.

3. Im schweizerischen Recht:

Auch im schweizerischen Recht gelangt man je nach der der Kollektivgesellschaft beigemessenen rechtlichen Selbständigkeit hinsicht-

lich der Rechtsnatur der persönlichen Haftung der Gesellschafter zu verschiedenen Ergebnissen.

Wie im deutschen Recht geht die herrschende Lehre und ständige Praxis von der Voraussetzung aus, daß die Kollektivgesellschaft keine juristische Person ist. Da der Kollektivgesellschaft unter ihrer Firma, welche den Namen der Gesamtheit der Gesellschafter in ihrem jeweiligen Bestande darstellt (79), keine Persönlichkeit zukommt, kann niemand anders als Träger ihrer Verbindlichkeiten in Frage kommen als die Gesellschafter selbst. Daher handelt es sich bei den Gesellschaftsverbindlichkeiten um eine einheitliche Schuld der Gesellschafter mit verschiedenen Haftungsverhältnissen (80). Die Zulassung der Betreibung gegen die Gesellschaft als solche hat ihren Grund nicht in der Anerkennung derselben als selbständigen Rechtssubjekts, sondern in der Eigenschaft des Gesellschaftsvermögens als eines Sondervermögens, welches den besonderen Haftungsverhältnissen unterliegt. Als wahre betriebene Subjekte erscheinen auch bei einer solchen Betreibung die Gesellschafter, jedoch nur unter Ausschluß ihres Privatvermögens (81).

Die von der herrschenden Lehre abweichende, hauptsächlich von Wieland begründete Lehre (82) sieht in der Haftung des Gesellschafters eine bürgschaftsähnliche Fremdhaftung. Nach der Ansicht dieser Lehrmeinung hat der Gesellschafter auf Grund des Subsidiaritätsprinzips (83) nur für den Ausfall einzustehen, den der Gesellschaftsgläubiger durch die mangelhafte Erfüllung oder Nichterfüllung durch die Gesellschaft erlitten hat. Sie stützt sich ferner auf den Wortlaut des Art. 568 III SOR, wonach der einzelne Gesellschafter zugunsten der Gesellschaft Solidarbürgschaft übernehmen kann. Obwohl in den Materialien zur Revision des schweizerischen OR vom 1936 erklärt werde, daß aus der Zulassung der Solidarbürgschaft durch Art. 568 III SOR keine Schlüsse zur Lösung der Streitfrage nach der juristischen Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft gezogen werden sollen (84), könne daraus doch gefolgert werden, daß der Gesellschafter nicht selbst Schuldner der Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist, da eine Bürgschaft für eigene Schulden begrifflich ausgeschlossen sei (85).

Mir scheint diese Ansicht hinsichtlich ihrer Begründung nicht ganz zutreffend zu sein. Wäre die Haftung des Kollektivgesellschafters trotz der weitgehenden Parallelen (86) mit der Bürgenhaftung wesensgleich, so wäre es ganz überflüssig, daß das Gesetz diese "natürliche" Tatsache im Art. 568 III wiederholte, indem es seitens des Gesellschafters zugunsten der Gesellschaft eine Solidarbürgschaft zuließ. Die Regelung des Art. 568 III SOR wurde in der Schweiz nicht aus dogmatischen Gründen, sondern, wie auch im deutschen Recht die herrschende Lehre selbst die Zulassung der Bürgschaft des Gesellschafters zugunsten der Gesellschaft begründet (87), aus praktischen Erwägungen zur Verstärkung der Haftung der Gesellschafter sowie der Kreditfähigkeit der Gesellschaft eingeführt (88). Dies tritt besonders bei einem zugunsten der Gesellschaft abgeschlossenen Zwangsvergleich in Erscheinung.

Im übrigen wird aber der Kollektivgesellschafter im schweizerischen Recht, welches die Betreibung der Kollektivgesellschaft grund-

sätzlich nur im Wege des Konkurses zuläßt (89), meistens eine Geldleistung zu erbringen haben, da im Konkurs in der Regel alle Forderungen in Geldforderungen umgewandelt werden (Art. 211 des schw. SchKG). Bei normaler Auflösung der Gesellschaft wird die Liquidationsgesellschaft ohnehin vorweg die vorliegenden Gesellschaftsschulden tilgen, bevor diese gegen die einzelnen Gesellschafter geltend gemacht werden.

III. TEIL

DIE PERSÖNLICHE HAFTUNG DER GESELLSCHAFTER IM KONKURS- UND VERGLEICHSVERFAHREN

Erstes Kapitel

Haftung des Gesellschafters im Konkursfall

§ 1

Der Gesellschaftskonkurs

1. Im türkischen Recht:

Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft werden die Gesellschafter unmittelbar belangbar, da dadurch der von Art. 179 I THGB vorausgesetzte Tatbestand einer fruchtlosen Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschaft feststeht (1).

Das THGB begnügt sich damit, in den Bestimmungen der Art. 180 ff. nur die Voraussetzungen des gleichzeitigen Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft und ihrer Mitglieder sowie ihre Rückwirkungen für die Gesellschafts- und Privatgläubiger der Gesellschafter zu erwähnen. Danach richten sich die allgemeinen Wirkungen und Voraussetzungen des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen oder Privatvermögen der Gesellschafter im übrigen allein nach dem "Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz" von 1929 (kurz: SchKG) (2).

Zur Herbeiführung eines jeden Konkurses bedarf es eines besonderen Konkursgrundes, d. h. eines Tatbestandes, der nach gesetzlicher Vorschrift die amtliche Liquidation des schuldnerischen Vermögens bedingt. Ein solcher Tatbestand kann sowohl formell sein, wie es bei der ordentlichen Konkursbetreibung und Wechselbetreibung der Fall ist (Zahlungsbefehlsverfahren) (3), als auch materiell, wenn einer der im Art. 177 SchKG abschließend aufgezählten Vorgänge vorliegt, wobei dann der Konkurs auf ausdrückliches Begehren des Gläubigers oder des Schuldners hin ohne vorgängige Einleitungsverfahren eröffnet wird (4).

Zu untersuchen sind hier aber nicht die einzelnen Voraussetzungen der Konkurseröffnung über die Gesellschaft, sondern deren rechtliche Folgen.

Der Gesellschaftskonkurs äußert seine Wirkungen in drei Richtungen, nämlich einmal in Bezug auf die Gesellschaft selbst, sodann auf die einzelnen Gesellschafter und endlich auch auf die Gesellschaftsgläubiger:

I. Die Wirkungen des Konkurses auf die Gesellschaft:

Sie wird durch die Eröffnung des Konkurses aufgelöst (Art. 185 I THGB). Wie bei der ordentlichen Liquidation dauert jedoch die rechtliche Existenz der Gesellschaft mit verändertem Zweck und in be-

schränktem Maße bis zur Beendigung der Konkursliquidation fort (5). Die Konkursverwaltung muß die Auflösung der Gesellschaft ins Handelsregister eintragen lassen und bekanntmachen (6). Durch diese Eintragung wird die Gesellschaftsfirma nicht ohne weiteres gelöscht, sondern sie wird von der Gesellschaft weitergeführt, allerdings mit dem Zusatz "in Liquidation" (Art. 208 THGB), bzw. "in Konkurs", um den Dritten über die augenblickliche Rechtslage der Gesellschaft Aufschluß zu geben (7).

Die wichtigste Wirkung der Konkurseröffnung über die Kollektivgesellschaft zeigt sich darin, daß der Gesellschaft die freie Verfügungsmacht über alle Vermögensstücke, die die Konkursmasse bilden, entzogen wird (Art. 191 SchKG). Nunmehr ist die Konkursverwaltung allein zur Verfügung und Verwaltung befugt (8). Diese ist aber kein Organ der Gesellschaft; sie stellt eine amtlich bestellte Zwangsvertretung dar und ist daher der Wille der Gesellschaft ohne Einfluß auf ihre Vertretungsbefugnis. Sie übt kraft amtlicher Ermächtigung die Gläubigerrechte für Rechnung der Konkursmasse aus, hat aber dabei gleichfalls die Interessen des Gemeinschuldners zu wahren (9).

Wie bei jedem Konkurs bildet auch beim Gesellschaftskonkurs das ganze exekutionsfähige Vermögen, das zur Zeit der Konkurseröffnung der Gesellschaft gehört, eine einzige Masse, die zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger dient (Art. 184 SchKG). Zu diesem in zeitlicher, örtlicher und sachlicher Hinsicht exekutionsfähigen Vermögen gehört ferner alles, was nach Maßgabe des Art. 201 u. 277 - 284 SchKG Gegenstand der Anfechtungsklage ist (Art. 187 SchKG) ;10).

Danach besteht die Konkursmasse der Gesellschaft, die hier für unsere Untersuchung einen wesentlichen Faktor bildet, aus dem Vermögen der Gesellschaft und aus den sog. Anfechtungsansprüchen.

Den wichtigsten Teil des Gesellschaftsvermögens bilden die Einlagen der Gesellschafter. Später kommen die durch Geschäftsführung für die Firma erworbenen Gegenstände hinzu.

Unter den Einlagen der Gesellschafter, die nach dem Gesellschaftsvertrag in sehr verschiedenen Vermögenswerten bestehen können, werden nur diejenigen in die aktive Konkursmasse der Gesellschaft aufgenommen, die ihrer Natur nach versilbert werden können (11). Ferner ist im Konkurse der Gesellschaft die Feststellung bedeutsam, ob die Einlagen in die Gesellschaft zu Eigentum oder nur zum Gebrauch eingebracht worden sind. Da die Konkursmasse der Gesellschaft nur den ihr gehörenden Vermögenskomplex umfaßt, unterliegen die im Privateigentum der Gesellschafter verbleibenden Einlagen der Aussonderung (12). Nach dem im Art. 143 II THGB festgelegten Grundsatz ist im Zweifel der Eigentumsübertragung ins Gesellschaftsvermögen anzunehmen, es sei denn, daß im Gesellschaftsvertrag etwas Gegenteiliges vereinbart ist.

Nach Art. 183 THGB, welcher inhaltlich Art. 570 II SOR entspricht, "können die Gesellschafter am Konkurs der Gesellschaft für ihre Kapitaleinlagen und laufende Zinsen nicht als Gläubiger teilnehmen, wohl aber für ihre Ansprüche auf verfallene Zinsen und auf Forderungen für Honorar oder Ersatz von im Interesse der Gesellschaft

gemachten Auslagen" (13). Soweit aber die genannten Zins-, Honorar- und Gewinnansprüche stehengelassen und bereits dem bisherigen herabgeminderten Kapitalanteil zugeschlagen worden sind, bilden sie nunmehr einen Bestandteil der Einlage und gehören zu der aktiven Konkursmasse der Gesellschaft (14).

Ein weiterer Bestandteil der aktiven Konkursmasse der Gesellschaft sind die Gesellschaftsforderungen. Besonderer Hervorhebung bedürfen hierbei die Forderungen, die der Gesellschaft gegen ihre Teilhaber zustehen. Als solche kommen in erster Linie in Betracht die Forderungen auf rückständige Einlagen. Der Anspruch der Gesellschaft auf die im Gesellschaftsvertrage vereinbarte Einlage des Gesellschafters bildet eine Gesellschaftsforderung (Art. 140 I THGB), deren Erfüllung allein die Gesellschaft klageweise geltend machen kann (Art. 140 IV THGB). Ebenso gehören zu den Aktiven des Gesellschaftskonkurses die Schadenersatzansprüche der Firma gegen die einzelnen Gesellschafter aus Einlageverzug (Art. 140 IV, 141 THGB), aus Verletzung des Konkurrenzverbotes (Art. 173 THGB) oder aus der Vernachlässigung der Sorgfaltspflicht (15).

Die Aufnahme der oben genannten Forderungen in die aktive Konkursmasse der Gesellschaft hat praktische Bedeutung, wenn die Gesellschaft allein in Konkurs geraten ist, während alle Gesellschafter oder die Schuldner-Gesellschafter aufrecht bleiben. Sind dagegen mit der Gesellschaft alle Gesellschafter oder diejenigen, gegen welche die Gesellschaftsforderung gerichtet ist, in Konkurs geraten, was nach der Regelung der Art. 180 II u. 182 I THGB praktisch fast immer der Fall sein wird, so kommt der Annahme der oben genannten Forderungen als Bestandteil der Aktiven des Gesellschaftsvermögens nur theoretische Bedeutung zu. Sie werden mit Rücksicht auf die in der Praxis entstehenden Schwierigkeiten, nämlich aus Zweckmäßigkeitsgründen, in die Aktivmasse der Gesellschaft nicht aufgenommen. Sollten sie in die Aktivmasse der Gesellschaft aufgenommen und in dem Privatkonkurs des betreffenden Gesellschafters angemeldet werden, so würde angesichts der Bestimmung des Art. 205 I SchKG (16) hinsichtlich der Erledigung beider Konkurse, d. h. zwischen dem Gesellschafts - und Gesellschafterkonkurs eine strenge Abhängigkeit entstehen. Damit diese Forderungen aus der Konkursmasse des Gesellschafters gezogen und somit der Gesellschaftskonkurs zum Abschluß gebracht werden könnte, müßte das Ergebnis des Gesellschafterkonkurses abgewartet werden (17), welches wiederum vom Abschluß des Gesellschaftskonkurses abhängig wäre, da man vor der Erledigung des Privatkonkurses wissen muß, was für einen Ausfall die Gesellschaftsgläubiger im Gesellschaftskonkurs erleiden.

Diese gegenseitige Abhängigkeit, die hinsichtlich der Feststellung der Konkursdividende zwischen den beiden Konkursverfahren besteht, wird durch die Bestimmungen der Art. 205 I u. 250 II SchKG weitgehend beseitigt und somit jedem Konkursverfahren eine gewisse Abwicklungsautonomie gewährleistet. Gemäß Art. 205 I SchKG haben die Gesellschaftsgläubiger beim gleichzeitigen Konkurs der Gesellschaft und des Gesellschafters das Recht, "ihre sämtlichen Forderungen" in vollem Umfange auch im Privatkonkurs des Gesellschafters anzumelden. Damit kann m. E. praktisch auch die Forderung der Gesell-

schaft gegen den Teilhaber als mitangemeldet und der nur den Gesellschaftsgläubigern durch Art. 181 THGB zustehende Anspruch auf Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen als angemessen berücksichtigt betrachtet werden. Die Gesellschaftsgläubiger können jedoch nach Art. 205 SchKG trotz der Anmeldung der ganzen Forderung aus der Konkursmasse des Gesellschafters nur für den im Gesellschaftskonkurs ungedeckt gebliebenen Rest ihrer Forderungen Befriedigung verlangen. Die Privatkonkursmasse braucht aber nicht mit der Verteilung bis zur definitiven Feststellung des Ausfalles im Gesellschaftskonkurs zu warten, sondern muß den Anteil, der auf die voll angemeldeten Forderungen der Gesellschaftsgläubiger entfällt, gemäß Art. 250 II SchKG hinterlegen und den Überschuß verteilen (18).

Nach Art. 187 SchKG gehört zur aktiven Konkursmasse außerdem alles, was nach Maßgabe der Art. 201 u. 277 - 284 SchKG Gegenstand der Anfechtungsklage ist. Die Anfechtungsansprüche sind gerade im Konkurs der Kollektivgesellschaft von besonderer Bedeutung, da die Gesellschafter infolge des ihnen zuerkannten Rechtes, das Schicksal des Gesellschaftsvermögens durch gegenseitige Übereinstimmung frei zu bestimmen, die Bestandteile des Gesellschaftsvermögens schon vor Ausbruch des Konkurses der Konkursmasse leicht entziehen können. Um die Gesellschaftsgläubiger in solchen Fällen vor Schaden zu bewahren, erklärt das SchKG unter gewissen Umständen diese Aufteilung oder andere Verminderungen des Gesellschaftsvermögens als anfechtbar. Für die Frage, ob die Voraussetzungen der Anfechtungsklage gegeben sind, sind die Bestimmungen der Art. 277 ff SchKG maßgebend (19).

Die Passiven der Konkursmasse der Gesellschaft bestehen aus allen Ansprüchen, die aus dem Vermögen der Gesellschaft zu decken sind. Danach setzt sich die Passivmasse zusammen aus den Konkursforderungen und Masseverbindlichkeiten, von denen hier nur die ersteren zu erörtern sind (20).

Die Konkursforderungen stellen Vermögensansprüche an den Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung dar. Aus dem Begriff des Konkurses als Generalexekution ergibt sich, daß nicht nur diejenigen Gläubiger, welche den Konkurs herbeigeführt haben, sondern alle, denen im Zeitpunkt der Konkurseröffnung ein Anspruch gegen den Gemeinschuldner zusteht, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob ihre Ansprüche bedingt oder betagt sind (21), ihre Forderungen voll anmelden können. Der Zweck der universellen Exekution verlangt, daß alle Gläubiger im Verhältnis zu einander gleich behandelt werden (22).

Da im Gesellschaftskonkurs die Gemeinschuldnerin die Kollektivgesellschaft selbst ist, kommen als Konkursgläubiger nur die Gläubiger der Gesellschaft in Betracht. Die Trennung der Persönlichkeit und des Vermögens der Gesellschaft von denjenigen der Gesellschafter kommt im Art. 181 THGB zum Ausdruck, da es heißt, daß im Konkurs der Kollektivgesellschaft die Gläubiger derselben unter Ausschluß der Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt werden (23).

Wenn es im Einzelfall zweifelhaft ist, ob der Gläubiger die Forderung gegen die Gesellschaft oder gegen einen einzelnen Gesellschafter erworben hat, sind diesbezüglich die Bestimmungen des HGB über die Vertretung der Gesellschaft (Art. 175 - 177 THGB) maßgebend.

II. Wirkungen des Gesellschaftskonkurses auf die einzelnen Gesellschafter:

Die Konkurseröffnung über das Gesellschaftsvermögen hat vor allem zur Folge, daß nunmehr die Subsidiarität der Gesellschafterhaftung wegfällt. Bei offenbarer Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, welche durch die Zulassung der Konkurseröffnung trotz ihrer schwerer Folgen nach außen bekannt gegeben wird, braucht der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr bis zum Abschluß der Konkursliquidation, bzw. bis zur Feststellung des Ausfalles abzuwarten, um die Gesellschafter persönlich in Anspruch zu nehmen. Vielmehr kann er mit der Eröffnung des Konkurses sofort gegen die einzelnen Gesellschafter unmittelbar vorgehen und sie auf Zahlung der ganzen Schuld belangen (24).

Die zweite Folge des Gesellschaftskonkurses ist die Fälligkeit sämtlicher Forderungen gegenüber der Gesellschaft (Art. 195 SchKG), die sich dann auf Grund der strengen Abhängigkeit der Gesellschafterschuld von der Schuld der Gesellschaft auch auf die einzelnen Gesellschafter ausdehnt. Diese Ausdehnung ist auch ein Erfordernis der Billigkeit, da andernfalls die Gefahr besteht, daß, wenn der solvente Gesellschafter nicht gleichzeitig mit der Gesellschaft in Konkurs fallen sollte (Art. 180 II, 182 I THGB), die langfrisitgen Gesellschaftsschulden durch die vorzeitige Befriedigung anderer Gläubiger, deren Forderungen bereits fällig sind, später nicht mehr gedeckt werden können. Außerdem ist noch zu bedenken, daß die Kollektivgesellschafter nach der Bekanntmachung der Auflösung der Gesellschaft nur noch während der bestimmten Zeit (ein Jahr) der Konkursbetreibung unterliegen (Art. 44 SchKG).

III. Die Wirkungen des Gesellschaftskonkurses auf die Gesellschaftsgläubiger:

Diese Wirkungen, die für den Gesellschaftsgläubiger in zwei Richtungen, einerseits der Gesellschaft und andererseits den einzelnen Gesellschaftern gegenüber, eintreten, sind bereits oben erörtert worden. Ergänzend läßt sich sagen, daß alle Gläubiger, die zur Zeit der Konkurseröffnung einen Vermögensanspruch gegen die Gesellschaft haben, sei es eine Geldforderung oder eine andere Forderung, die in Geld umgewandelt werden kann (Art. 198 SchKG) (25), das Recht haben, ihre Forderungen an die Konkursmasse der Gesellschaft anzumelden. Zur Beteiligung der gleichmäßigen Verteilung an der Konkursmasse werden zwar auch die Forderungen unter aufschiebender Bedingung oder mit ungewisser Verfallzeit in vollem Betrage angemeldet, der Gläubiger kann aber den auf ihn entfallenden Anteil erst beziehen, wenn die Bedingung erfüllt oder der Verfalltag eingetreten ist (Art. 197 I SchKG). Diese Anteile werden inzwischen in einer Bank hinterlegt (Art. 250 SchKG).

Auch die Forderungen aus Bürgschaft der Gesellschaft können im Konkurse geltend gemacht werden, selbst wenn sie noch nicht fällig sind

(Art. 202 SchKG).

2. Im deutschen Recht:

Nach § 209 I KO findet im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer OHG oder KG über das Gesellschaftsvermögen ein selbständiges Konkursverfahren statt. Diese Regelung ist vor allem darauf zurückzuführen, daß die OHG, wenn sie auch keine juristische Person ist, doch nach außen hin wie eine solche auftreten kann (26); sie ist im Prozeß parteifähig, hat eigene Rechte, Verbindlichkeiten und ein eigenes Vermögen, welches vom Privatvermögen der Gesellschafter abgesondert nur für die Gläubiger der Gesellschaft ein Haftungsobjekt bildet (§ 124 HGB).

Der Konkursgrund ist, anders als bei den Kapitalgesellschaften, bei der OHG und KG ausschließlich die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, nicht die Überschuldung (27); auf die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschafter kommt es nicht an (28).

Wie im türkischen ist ebenfalls im deutschen Recht auch nach der Auflösung der Gesellschaft aus einem anderen Grunde die Eröffnung des Konkurses über die OHG solange zulässig, als die Verteilung des Gesellschaftsvermögens noch nicht vollzogen ist (29).

Der theoretische Streit, ob die OHG juristische Person ist, erlangt bei der Frage, wer im Gesellschaftskonkurs als Gemeinschuldner zu betrachten sei, besondere praktische Bedeutung. Nach der herrschenden Lehre, die in der OHG kein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt erblickt, sind die Gesellschafter persönlich Gemeinschuldner, sie sind es aber in ihrer Gesamtheit, in der sie auch Eigentümer des Gesellschaftsvermögens sind (30); "Gemeinschuldner im Gesellschaftskonkurs sind also die Subjekte der hier zu befriedigenden Konkursschulden und der in der Gesellschaftsmasse vereinigten Vermögensrechte, d. h. die sämtlichen einzelnen Gesellschafter" (31).

Wenn § 209 KO von einem selbständigen Gesellschaftskonkurs spricht, so soll das heißen, daß der Konkurs nur das dem Gesellschaftsunternehmen gewidmete Vermögen der Gesellschafter erfaßt, nicht aber deren Privatvermögen. Deshalb wird auch in der deutschen - wie auch schweizerischen - Literatur im Konkurs der Gesellschaft von einem "Sonder- bzw. Partikularkonkurs" gesprochen, d. h. von einem Verfahren, in welchem nicht entsprechend den allgemeinen Regeln des Konkursrechtes das "gesamte" beschlagsfähige Vermögen des Schuldners zur gemeinschaftlichen Befriedigung "aller" Gläubiger dient, sondern nur eine bestimmte Sondermasse des schuldnerischen Vermögens für eine bestimmte Klasse von Gläubigern Exekutionsobjekt bildet; ein solcher Spezialkonkurs kann ausnahmsweise nur dann erfolgen, wenn jener Teil des Vermögens (Das Gesellschaftsvermögen) ausschließlich oder wenigstens zum Voraus dieser bestimmten Sonderklasse von Gläubigern haftet (32).

Die Natur des Sonderkonkurses bedingt insofern gegenständliche Beschränkungen der Anwendbarkeit der konkursrechtlichen Bestimmungen, als die Gesellschafter nur mit dem Gesellschaftsvermögen,

nicht mit ihrem Privatvermögen Gemeinschuldner sind. Der Konkurs beraubt sie also keineswegs auch in Ansehung ihres Privatvermögens der Verwaltungs- und Verfügungsrechte nach § 6 KO. Ihre Verfügung nach der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses ist den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nur insoweit unwirksam, als sie sich auf das Gesellschaftsvermögen beziehen (33). Die vor der Konkurseröffnung, und im Falle des § 42 KO nach der Konkurseröffnung, im Namen der Gesellschaft zum Nachteil ihrer Gläubiger vorgenommenen Rechtshandlungen sind nach Maßgabe der §§ 29 ff KO anfechtbar.

Die Konkursmasse der Gesellschaft umfaßt das gesamte beschlagsfähige Vermögen, das zur Zeit der Konkurseröffnung der Gesellschaft gehört (§ 1 KO). Dazu gehören außer den in das Eigentum der Gesellschaft übergegangenen Einlagen auch die Ansprüche der Gesellschaft auf Leistung noch ausstehender Einlagen, soweit sie zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich sind. Ebenso gehören zur aktiven Konkursmasse die Ansprüche der Gesellschaft auf Schadenersatz wegen Verletzung der Gesellschafterpflichten. Dagegen bildet der sog. Passivsaldo (negativer Kapitalanteil) eines Gesellschafters keine Schuld an die OHG, sondern ebenso wie der Aktivsaldo nur eine Berechnungsgrundlage für die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern (34).

Auf der Passivseite der Masse kommen als Konkursgläubiger lediglich die Gesellschaftsgläubiger in Betracht, nicht die Privatgläubiger der Gesellschafter, da sie auf das Gesellschaftsvermögen keinen Zugriff haben. Auch ein Gesellschafter kann Konkursgläubiger sein, u.z. sowohl für die aus einem außergesellschaftlichen Grunde entstandenen Forderungen als auch für die Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis, soweit es sich nicht um Einlagen oder Gewinnanteile handelt (35).

Der alleinige Konkurs der OHG hat keinen Einfluß auf die persönliche Haftung der Gesellschafter; sie haften nach wie vor den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar und unbeschränkt. Die Gesellschaftsgläubiger können auch während des Konkurses unmittelbar gegen die solventen Gesellschafter vorgehen (36). Sie haften also genau so wie vor der Eröffnung des Konkurses (37).

3. Im schweizerischen Recht:

Gemäß Art. 39 I Ziff. 5 SchKG unterliegt die Kollektivgesellschaft für ihre Schulden der Konkursbetreibung. Sie ist allein und selbständig zu betreiben. Nach der im schweizerischen Recht herrschenden Auffassung hat die Zulassung einer selbständigen Konkursbetreibung ihren Rechtsgrund, wie im deutschen Recht, nicht in der Anerkennung derselben als selbständigen Rechtssubjektes, sondern in der Eigenschaft des Gesellschaftsvermögens als eines Sondervermögens. Als wahre betriebene Subjekte erscheinen auch bei einer solchen Betreibung die Gesellschafter. Die Bezeichnung der Gesellschaft als Schuldnerin will also lediglich besagen, daß die Vollstreckung nur in das Gesellschaftsvermögen unter Ausschluß des Privatvermögens der einzelnen Gesellschafter erfolgen soll (38).

Im Falle des Gesellschaftskonkurses hebt sich die Regelung des SOR und SchKG bezüglich der Haftung des einzelnen Gesellschafters nicht wesentlich vom türkischen Recht ab, da die genannten Gesetze dem türkischen Recht als Vorbild dienten.

Mit dem Ausbruch des Konkurses über die Kollektivgesellschaft wirde diese von Gesetzes wegen aufgelöst (Art. 574 I SOR); sofort tritt die primäre Belangbarkeit der Gesellschafter nach Art. 568 III SOR ein; der Gesellschaftsgläubiger braucht nicht die Beendigung der Konkursliquidation abzuwarten, um den solventen Gesellschafter zu belangen (39), obwohl die Existenz der Gesellschaft bis zur Beendigung der Konkursliquidation mit verändertem Zweck fortdauert (40).

Im Gegensatz zur Auflösung der Gesellschaft ohne Konkurs hat der Ausbruch des Gesellschaftskonkurses die Fälligkeit sämtlicher Schulden der Gesellschaft sowohl gemäß Art. 208 SchKG für diese als auch für den einzelnen Gesellschafter (41) zur Folge.

Die betreibungsrechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen des Gesellschaftskonkurses sind auch im schweizerischen Recht die gleichen wie im türkischen Recht (42).

Im Gesellschaftskonkurs bildet das ganze Vermögen der Gesellschaft eine einheitliche Masse, aus der die Gesellschaftsgläubiger "unter Ausschluß der Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter" befriedigt werden (Art. 570 I SOR) (43).

Als Exekutionsobjekt gehören zum Gesellschaftsvermögen alle diejenigen Gegenstände, welche die Gesellschafter zu Gesamteigentum eingebracht oder erworben haben. Im Zweifel entscheidet der Besitzzustand (44). Zum Gesellschaftsvermögen gehören ferner die Forderungen der Gesellschaft gegen Dritte. Es ist aber bestritten, ob auch die Forderungen der Gesellschaft gegen ihre Mitglieder, seien sie individual- oder sozialrechtlicher Natur, wie insbesondere der Anspruch der Gesellschaft auf die vereinbarte aber noch ausstehende Einlage, ebenfalls zu den Aktiven der Konkursmasse der Gesellschaft gehören. Die herrschende Meinung bejaht die Frage (45).

Die Passivmasse der Gesellschaft besteht aus den Schulden der Gesellschaft gegenüber Dritten und denjenigen gegenüber den Gesellschaftern. Die Gesellschafter können gemäß Art. 570 II SOR am Konkurse der Gesellschaft "für ihre Kapitaleinlagen und laufende Zinse nicht als Gläubiger teilnehmen, wohl aber für ihre Ansprüche auf verfallene Zinse sowie auf Forderungen für Honorar oder für Ersatz von im Interesse der Gesellschaft gemachten Auslagen". Die von der vorliegenden Bestimmung dahingestellte Frage nach der Zulassung des Gesellschafters als Gläubiger einer außergesellschaftlichen Forderung zum Gesellschaftskonkurs wird von der herrschenden Lehre bejaht (46). Diese Frage, die auch in der entsprechenden Bestimmung des Art. 183 THGB offengelassen wird, bedarf im türkischen Recht keiner besonderen gesetzlichen Regelung, denn dort ergibt sich die Zulassung solcher Gesellschafterforderungen im Gesellschaftskonkurs unmittelbar aus der juristischen Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft (47).

§ 2

Der Konkurs des einzelnen Gesellschafters:

1. Im türkischen Recht:

A. Im allgemeinen:

Zunächst ist in negativer Weise festzustellen, daß der Gesellschaftskonkurs nicht ohne weiteres den Konkurs der einzelnen Gesellschafter zur Folge hat (Art. 182 I THGB). Der Privatkonkurs wird nur dann eröffnet, wenn in Bezug auf den betreffenden Gesellschafter, formell oder materiell, ein im SchKG vorgesehener Konkursgrund vorliegt.

Art. 43 SchKG betrachtet den Konkurs als eine Betreibungsart, welche nur denjenigen Personen eigen ist, die "nach den Bestimmungen des THGB" der Konkursbetreibung unterliegen (1). Die Bestimmungen der Art. 180 u. 182 THGB, die unter anderen auch den Privatkonkurs des Kollektivgesellschafters regeln, erklären ihn damit als konkursfähige Person. Der Kollektivgesellschafter unterliegt der Konkursbetreibung nicht nur für die Gesellschaftsschulden, sondern auch für seine sonstigen Schulden, die mit der Gesellschaft, d. h. mit dem kaufmännischen Unternehmen nichts zu tun haben. Dies folgt vor allem aus dem Wortlaut des Art. 43 SchKG, der in seiner Fassung keinerlei Rücksicht auf die Art der Forderung nimmt.

Dagegen war es zur Zeit des ATHGB, auf welches das SchKG bezüglich der Frage der Konkursfähigkeit abstellte, sehr umstritten, ob der Kaufmann wegen seiner privaten, mit dem Handelsgewerbe nicht zusammenhängenden Schulden auf Konkurs betrieben werden könnte (2); denn ATHGB enthielt weder über die Frage, wer konkursfähig war, eine eindeutige Regelung (3), noch gab es irgendwie darüber einen Aufschluß, für welche Arten der Schulden die Konkursbetreibung verlangt werden konnte.

Indem das neue THGB in Art. 20 die Kaufleute für ihre Schulden "jeder Art" konkursfähig erklärt, entscheidet es die oben erörterte Frage im positiven Sinne (4).

Nach dieser allgemeinen Feststellung kann jetzt zunächst der Fall, daß ein Gesellschafter in Konkurs fällt, während die Kollektivgesellschaft als solche aufrecht bleibt, untersucht werden.

Wie beim Gesellschaftskonkurs bestehen die Aktiven des Privatkonkurses aus dem exekutionsfähigen Vermögen des Gemeinschuldners und den sog. Anfechtungsansprüchen. Das Vermögen des in Konkurs geratenen Gesellschafters setzt sich wiederum zusammen: aus seinem Privatvermögen, welches sich im Eigentum des Gesellschafters befindet und zum Vermögen der Gesellschaft in keiner Beziehung steht, aus den Forderungen, die ihm gegen die Gesellschaft aus einem außergesellschaftlichen Grunde zustehen, fernerhin aus seinen gesellschaftlichen Forderungen wie z. B. aus Zins-, Honorar-, Gewinnforderungen

sowie Ersatzansprüche für die im Interesse der Gesellschaft gemachten Aufwendungen (5) und schließlich aus seinem Liquidationsguthaben am Gesellschaftsvermögen.

Einer besonderen Hervorhebung bedarf hier der Liquidationsanspruch des Gesellschafters gegen die Gesellschaft. Der Liquidationsanspruch hat für die Gläubiger des in Konkurs geratenen Gesellschafters nur dann einen Wert, wenn sie dessen Ausrichtung erzwingen können. Diese Möglichkeit ist ihnen gegeben, da sie unter gewissen Voraussetzungen durch Kündigung die Auflösung der Gesellschaft verlangen können (Art. 191 I THGB). Die Auflösung der Gesellschaft, die im Falle des Konkursausbruches über das Vermögen eines Gesellschafters gemäß Art. 185 I THGB ohnehin eintritt, kann aber abgewendet werden, wenn die Privatgläubiger von der Gesellschaft oder von den übrigen Gesellschaftern befriedigt werden (Art. 191 II THGB), oder eben ohne Befriedigung dadurch, daß die übrigen Gesellschafter das Ausscheiden des in Konkurs geratenen Gesellschafters beschließen und der Privatkonkursmasse seinen Liquidationsanteil in Geld auszahlen (Art. 196 THGB). Die Privatgläubiger können jedoch bis zur Aufstellung der Liquidationsbilanz das, was dem in Konkurs geratenen Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommen soll, mit vorläufigem Arrest belegen (6).

Der Liquidationsanteil kann nur dann Bestandteil der aktiven Privatmasse sein, wenn die Gesellschaft selbst noch nicht in Konkurs geraten ist. Ist dagegen auch über das Vermögen der Gesellschaft Konkurs eröffnet, so dient das ganze Gesellschaftsvermögen zunächst ausschließlich zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger; vor ihrer vollständigen Befriedigung kann daher von einer Ausrichtung des Liquidationsanteiles nicht gesprochen werden (Art. 181 THGB).

Die Passiven der Privatkonkursmasse setzen sich zusammen aus Konkursforderungen, die ihrerseits aus Forderungen der Privatgläubiger und denen der Gesellschaftsgläubiger bestehen, und aus den Masseverbindlichkeiten.

Die Privatgläubiger des Gesellschafters sind alle diejenigen, deren Forderungen sich nicht gegen die Gesellschaft, sondern nur gegen den Gesellschafter richten. Als solche kommen wie die Drittpersonen auch die Mitgesellschafter sowie die Kollektivgesellschaft selbst in Betracht.

Daß die Privatgläubiger im Konkurse ihres Schuldner, d. h. des Gesellschafters, ihre Forderungen in vollem Umfange geltend machen können, ist selbstverständlich; denn dies ist ihre einzige Befriedigungsmöglichkeit, da sie im Gesellschaftskonkurs, mag dieser allein ausgebrochen sein oder mit dem Privatkonkurs des Gesellschafters zusammenfallen, nicht zugelassen werden.

Die Zulassung der Gesellschaftsgläubiger ebenfalls mit ihren Forderungen im Privatkonkurse des Gesellschafters dagegen ergibt sich unmittelbar aus der Bestimmung des Art. 205 Satz 3 SchKG: "Wenn über einen Teilhaber, nicht aber gleichzeitig über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist, so können die Gesellschaftsgläubiger im Konkurse des Teilhabers ihre Forderungen in vollem Betrage geltend machen".

Es fragt sich hierbei wie weit sich diese Regelung mit derjenigen des Art. 179 I THGB über die Voraussetzungen der persönlichen Belangung des einzelnen Gesellschafters für die Gesellschaftsschulden verträgt. In bisherigen Ausführungen ist bereits hervorgehoben worden, daß Art. 179 I THGB auch im Auflösungsfall für die persönliche Belangung des Gesellschafters die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft voraussetzt (7). Wenn ein Gesellschafter in Konkurs fällt, so zieht das gemäß Art. 185 I Ziff. 5 THGB zwar die Auflösung der Gesellschaft nach sich (8). Damit ist aber die Zahlungsunfähigkeit weder der bisherigen Erwerbs- noch der nunmehrigen Abwicklungsgesellschaft erwiesen. Ferner steht den übrigen Mitgesellschaften ohnehin die Möglichkeit offen, im Falle der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft dadurch abzuwenden, daß sie das Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters beschließen und seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen an die Privatkonkursmasse entrichten (Art. 196 THGB). Da unter diesen Umständen die unmittelbaren Belangbarkeitsvoraussetzungen des Art. 179 I THGB nicht gegeben sind, stellt Art. 205 Satz 3 SchKG eine konkursrechtliche Ausnahme des Art. 179 I THGB dar, die ihre Rechtfertigung in folgender Erwägung findet: Wenn die Gesellschaftsgläubiger am Privatkonkurs des Gesellschafters hätten nicht teilnehmen können, so hätten sie dann im Falle eines späteren Konkurses der Gesellschaft, mit dessen Eröffnung sie sofort gemäß Art. 179 I THGB gegen die einzelnen Gesellschafter vorgehen können, vom bereits insolventen Gesellschafter überhaupt keine Befriedigung mehr erlangen können (9). Daß diese Ansicht auch der ratio legis des Art. 205 Satz 3 SchKG zugrunde liegt, ergibt sich aus dem Hinweis auf Art. 202 SchKG. Wie im Konkurs des Bürgen auch die noch nicht fälligen Bürgschaftsschulden geltend gemacht werden können (Art. 202 SchKG), um die Bürgschaftsgläubiger später nicht jeglicher Aussicht auf Deckung zu berauben, so sind aus dem gleichen Grunde im Konkurs eines Gesellschafters die Gesellschaftsgläubiger mit ihren vollen Forderungen zuzulassen, obwohl diese eigentlich auf Grund des Art. 179 I THGB gegen den betreffenden Gesellschafter noch nicht fällig wären (10).

Die Gesellschaftsgläubiger und Privatgläubiger des in Konkurs geratenen Gesellschafters nehmen an der Privatkonkursmasse zu gleichen Rechten teil. Nach Art. 182 II THGB "bestehen bei Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen der Gesellschafter, sei es im Wege des Konkurses oder auf eine andere Weise, zwischen den Privatgläubigern und den Gesellschaftsgläubigern keine Vorzugsrechte. Bereits bestehende gesetzlichen Vorrechte von Privatgläubigern bleiben jedoch unberührt".

Anders als der alleinige Privatkonkurs eines Gesellschafters ist die Rechtsstellung der Gesellschaftsgläubiger bei der Mehrheit von Privatkonkursen eine besonders günstige. Da die Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch haften, und damit dem Gläubiger gegenüber "Mitverpflichtete" sind, kommt Art. 203 I SchKG i.V.m. Art. 205 Satz 2 SchKG zur Anwendung: "Wenn über mehrere Mitverpflichtete gleichzeitig der Konkurs eröffnet ist, so kann der Gläubiger in jedem Konkurse seine Forderung in vollem Betrage geltend machen (Abs. I). Ergeben die Zuteilungen aus verschiedenen

Massen mehr als den Betrag der ganzen Forderung, so fällt der Überschuß an die Massen zurück, die nach Maßgabe der unter den Mitverpflichteten bestehenden Rückgriffsrechte mehr bezahlt haben, als sie verpflichtet sind (Abs. II). Solange der Gesamtbetrag der Zuteilungen den vollen Betrag der Forderung nicht erreicht, haben die Massen wegen der geleisteten Teilzahlungen kein Rückgriffsrecht gegeneinander (Abs. III)" (11).

Die vorliegende Bestimmung des SchKG ist praktisch nicht von weitgehender Bedeutung, denn es wird, wie im folgenden zu zeigen sein wird, kaum vorkommen, daß trotz des Aufrechtstehens der Gesellschaft mehrere Privatkonkurse gleichzeitig anhängig sind. In Ansehung der gegenwärtigen Regelung des THGB wird es viel häufiger der Fall sein, daß der Privatkonkurs mehrerer Kollektivgesellschafter als eine Folge des Gesellschaftskonkurses zu Tage tritt.

B. Das Verhältnis des Gesellschaftskonkurses zum Privatkonkurs der einzelnen Gesellschafter und umgekehrt:

Die Frage, welche Wirkungen der Gesellschaftskonkurs und der Privatkonkurs der Gesellschafter gegenseitig aufeinander haben, bedarf in diesem Zusammenhang einer besonderen Betrachtung, da sie einerseits im türkischen Recht einer eigenartigen Regelung unterworfen ist, und andererseits in der weiteren Gestaltung der Haftung der einzelnen Gesellschafter eine bedeutende Rolle spielt.

Nach Art. 182 I Satz 1 THGB "hat der Konkurs der Gesellschaft denjenigen der einzelnen Gesellschafter nicht zur Folge". Wiewohl auch der umgekehrte Fall, daß nämlich ebenfalls der Privatkonkurs eines Gesellschafters den Gesellschaftskonkurs nicht begründen kann, im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt wird, kann darüber viel weniger Zweifel bestehen, weil die Gesellschaft für die Privatschulden der Gesellschafter nicht haftet und deren Privatgläubiger von der Teilnahme am Gesellschaftskonkurs ausgeschlossen sind. Da das Gesellschaftsvermögen und das Privatvermögen des Gesellschafters zwei rechtlich getrennte Vermögensmassen darstellen, muß für jede von ihnen besonders festgestellt werden, ob die Voraussetzungen, unter denen allgemein ein Konkurs eröffnet wird, vorhanden sind.

Das THGB macht die Konkurseröffnung über das Privatvermögen der Gesellschafter "wegen der Gesellschaftsschulden" vom Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abhängig. Es unterscheidet hierbei, entsprechend der Regelung des türkischen SchKG, je nach der Tatsache, ob die Forderung, auf Grund deren die Konkursbetreibung angehoben wird, auf einem gegen die Gesellschaft rechtskräftig ergangenen gerichtlichen Urteil beruht oder nicht, zwischen den beiden Arten der Konkurseröffnungsverfahren (12). Im Art. 180 II wird der erste und im Art. 182 I THGB der übrigbleibende zweite Fall behandelt:

Art. 180 II THGB: "Wenn die Schuld trotz Zustellung des Vollstreckungsbefehls an die Gesellschaft nicht bezahlt wird, kann der Gläubiger zusammen mit der Gesellschaft unmittelbar auch den Konkurs der Gesellschafter oder einiger von ihnen beantragen".

Art. 182 I THGB: "Der Konkurs der Gesellschaft hat denjenigen der Gesellschafter nicht zur Folge. Wird jedoch das Geld trotz des Hinterlegungsbeschlusses nicht hinterlegt, so kann der Gläubiger vom Gericht die Zustellung des Hinterlegungsbeschlusses auch an die Gesellschafter oder einige von ihnen verlangen, und wenn diese trotzdem nicht hinterlegen, deren Konkurs zugleich mit dem der Gesellschaft beantragen. Derjenige Gläubiger, der von diesem Recht keinen Gebrauch gemacht hat, kann sein Recht im Konkurs der Gesellschaft geltend machen, und erst, wenn er hier keine Befriedigung erlangen kann, kann er den einzelnen Gesellschafter im Wege des Konkurses betreiben".

Zum Vergleich und besseren Verständnis der vorliegenden Bestimmungen sei es hier erlaubt, einen kurzen Blick auf die Regelung des ATHGB und des Regierungsentwurfes zum neuen THGB zu werfen:

Als eine Folge des im Art. 176 ATHGB aufgestellten Prinzips, wonach ein "ausschließlich gegen die Gesellschaft ergangener Vollstreckungstitel (13) gegen die Gesellschafter nicht vollstreckt werden kann", bestimmte Art. 178 ATHGB, "daß der Konkurs der Gesellschaft denjenigen der einzelnen Gesellschafter nicht zur Folge hat, soweit das Gerichtsurteil ausdrücklich nicht etwas anderes bestimmt" (14). Im zweiten Satz derselben Bestimmung hieß es: Sofern die Gesellschaftsgläubiger aus der Masse der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können, können sie für ihre restlichen Forderungen gegen die Gesellschafter vorgehen, und wenn sie auch hierbei keine Befriedigung erlangen, so wird dann Konkurserkenntnis über die Gesellschafter ausgesprochen". Nach dieser Regelung ließ das ATHGB die Konkurseröffnung über das Privatvermögen der Gesellschafter wegen der Gesellschaftsschulden grundsätzlich erst dann zu, wenn die Gesellschaft selbst in Konkurs geraten war und ihre Masse zur Tilgung der Schulden nicht ausreichte.

Im Regierungsentwurf bestimmte Art. 182: "Der Konkurs der Gesellschaft hat denjenigen der Gesellschafter nicht zur Folge. Soweit jedoch die Gesellschaftsgläubiger für ihre Ausfallsforderungen aus der Konkursmasse der Gesellschaft gegen die Gesellschafter vorgehen, kann auch über das Vermögen desjenigen Gesellschafters die Eröffnung des Konkurses verlangt werden, der aus irgendeinem Grunde nicht bezahlt hat". Aus der Tatsache, daß in dieser Bestimmung der oben erwähnte Vorbehalt des Art. 178 Satz 1 ATHGB fehlt, folgt, daß der Regierungsentwurf vor der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit der Konkursmasse der Gesellschaft eine Betreibung der Gesellschafter auf Konkurs "überhaupt nicht" zuließ.

Die Regelung der Art. 180 II u. 182 I des neuen THGB ist eine Folge der vom Rechtsausschuß am Art. 180 des Regierungsentwurfes vorgenommenen Änderung. Die genannte Bestimmung des Entwurfes, die entsprechend dem Grundsatz der juristischen Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft eine Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen der Gesellschafter durch einen ausschließlich gegen die Gesellschaft ergangenen Vollstreckungstitel untersagte, ist unter Vorbehalt gestellt worden, daß dies nur gilt, "solange die Vollstreckung gegen die Gesellschaft nicht fruchtlos bleibt oder die Gesellschaft aus irgendeinem

Grunde nicht ihr Ende gefunden hat". Da der Rechtsausschuß in dem Vorgang, daß die Gesellschaft trotz Zustellung des Vollstreckungsbefehls oder des Hinterlegungsbeschlusses ihre Schuld nicht erfüllt, eine Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft im Sinne des Art. 179 I THGB erblickte (15), trug er kein Bedenken, diesen allein gegen die Gesellschaft ergangenen Vollstreckungstitel durch eine dahingehende Änderung der Bestimmungen der Art. 180 II u. 182 I THGB auch gegen die Gesellschafter als vollstreckbar zu erklären.

Die Bestimmungen der Art. 180 II u. 182 I THGB lassen nicht nur in dogmatischer Hinsicht, sondern auch an Klarheit sehr zu wünschen übrig. Nicht eindeutig bleibt vor allem die Frage, ob sie die Voraussetzungen der Eröffnung des Konkurses über die Kollektivgesellschaft erschöpfend aufzählen oder sich nur auf die Eröffnung des gleichzeitigen Konkurses über die Gesellschaft und die einzelnen Gesellschafter beziehen. M. E. ist in diesem Zusammenhang die zweite Möglichkeit anzunehmen; denn die Frage, unter welchen Voraussetzungen über die Kollektivgesellschaft Konkurs eröffnet werden kann, ist eine konkursrechtliche Frage, die sich nach den Bestimmungen des SchKG entscheiden läßt, da keine rechtlich begründete Ursache vorliegt, für die Kollektivgesellschaft von den allgemeinen Regeln abzuweichen. Diese Erwägung gilt auch hinsichtlich der Konkurseröffnung über das Privatvermögen der Gesellschafter wegen ihrer "Privatschulden". Dagegen spricht die Tatsache, daß das THGB in Art. 180 II und 182 I für die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschafter wegen der "Gesellschaftsschulden" besondere Voraussetzungen aufstellt, dafür, daß die Gesellschaftsgläubiger in allen übrigen Fällen gegen die Gesellschafter auf dem Wege der gewöhnlichen Betreibung vorgehen können (16).

Da Art. 180 II und 182 I THGB unter den dort erwähnten Umständen von der Konkurseröffnung über die Gesellschafter "zusammen mit der Gesellschaft" sprechen, ist daraus zu schließen, daß ein allein gegen den - oder die - einzelnen Gesellschafter gerichteter Konkurseröffnungsantrag nicht angängig ist (17).

Nach diesen allgemeinen Feststellungen ergibt sich aus der Gesamtbetrachtung der Art. 180 und 182 THGB zusammenfassend, daß das türkische HGB in drei Fällen eine Konkurseröffnung über das Privatvermögen der Gesellschafter wegen der Gesellschaftsschulden zuläßt: (18)

1. Wenn eine gerichtlich festgestellte Gesellschaftsschuld trotz der Zustellung des Vollstreckungsbefehls an die Gesellschaft von dieser nicht bezahlt wird (Art. 180 II i. V. m. Art. 180 I THGB u. 177 I Ziff. 4 SchKG).

2. Wenn eine gerichtlich nicht festgestellte Gesellschaftsschuld bei einer bereits gegen die Gesellschaft angehobenen Konkursbetreibung trotz der Zustellung des Hinterlegungsbeschlusses an die Gesellschaft von dieser, und bei nochmaliger Zustellung desselben an die Gesellschafter, von diesen Gesellschaftern nicht hinterlegt wird (Art. 182 I Satz 1 THGB i. V. m. Art. 180 I THGB u. 158 SchKG).

In diesen beiden Fällen wird der Konkurs gleichzeitig über die Gesellschaft und die betreffenden Gesellschafter eröffnet.

3. Schließlich wenn über die Gesellschaft allein Konkurs eröffnet ist (19) und der Gesellschaftsgläubiger aus der Konkursmasse der Gesellschaft keine vollständige Befriedigung erlangt (Art. 182 I Satz 2 THGB). Soweit der Gesellschaftsgläubiger bis zur Beendigung des Gesellschaftskonkurses nicht warten will, was in der Regel immer der Fall sein wird, kann er gegen die Gesellschafter im Wege der Pfändung vorgehen. Gegenüber dieser Regelung des Gesetzes wird in der Praxis jeder Gläubiger, um den kürzesten Weg zu gehen, den gleichzeitigen Konkurs der solventen Gesellschafter mit der Gesellschaft zusammen beantragen.

Hinsichtlich der Würdigung der angeführten Regelung des THGB sind folgende Erwägungen hervorzuheben:

Im Falle des Art. 180 II THGB hat der Gesellschafter, über dessen Privatvermögen mit der Gesellschaft zusammen die Eröffnung des Konkurses beantragt ist, immerhin in Ansehung der Bestimmung des Art. 177 II SchKG vor dem Konkurserkenntnis noch die Möglichkeit, sich in der abzuhaltenden Gerichtsverhandlung wie die Gesellschaft zu verteidigen. Daher kann das Urteil gegen ihn infolge der Erhebung der persönlichen Einreden und Einwendungen anders lauten als gegen die Gesellschaft und gegen andere Gesellschafter.

Im Falle des Art. 182 I Satz 1 THGB dagegen ist dem belangten Gesellschafter diese Möglichkeit genommen, denn nach dem Wortlaut des Art. 158 SchKG wird der Hinterlegungsbeschluß erst dann gefaßt und zugestellt, wenn der Schuldner sich verteidigt hat und das Gericht seine Einreden, Einwendungen oder sonstige Verteidigungsmittel für nicht stichhaltig gefunden hat (20). Danach bleibt dem belangten Gesellschafter keine andere Wahl, als entweder innerhalb einer Woche den verlangten Betrag zu hinterlegen, obwohl er vielleicht auf Grund der ihm persönlich zustehenden Einreden dazu gar nicht verpflichtet ist, oder eben die Konkurseröffnung und deren vernichtende Wirkungen über sich ergehen lassen. Ein solches Ergebnis ist nicht nur mit dem Billigkeitsgedanken unvereinbar, sondern es mach auch die Erwerbung der Kollektivgesellschaftereigenschaft zu einem äußerst riskanten Unternehmen.

Im Protokoll des Rechtsausschusses wird zur Rechtfertigung der gegenwärtigen Regelung des THGB folgendes ausgeführt: "Es kümmert in vielen Fällen die Gesellschafter, die bereits schwindelhafte Wege eingeschlagen haben, überhaupt nicht, daß sich die Gesellschaft unter einer Konkursandrohung befindet; damit wird die Zahlung der Gesellschaftsschulden erschwert, ja sogar unmöglich gemacht. Da die aufgestellten Vorschriften die einzelnen Gesellschafter unmittelbar unter Konkursandrohung halten, wird dadurch den Gesellschaftern fortab die Möglichkeit der betrügerischen Handlungen genommen werden" (21).

Diese Besorgnisse des Rechtsausschusses, die ihn zur Vornahme der mit den Grundsätzen des türkischen Kollektivgesellschaftsrechts und SchKG unvereinbaren Änderungen am Regierungsentwurf verleitet haben, erweisen sich aber bei näherer Betrachtung als nicht

überzeugend. Erklärt man den einzelnen Gesellschafter durch Art. 179 I THGB sofort nach der Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen belangbar für die gesamten Gesellschaftsschulden, so ist dann bis zu diesem Zeitpunkt das gewöhnliche Mittel, vorherige Verhängung des Arrestes über das persönliche Vermögen des Gesellschafters (Art. 179 II THGB), zur Sicherstellung der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger vollkommen ausreichend. Wenn ein Gesellschafter nach oder kurz vor der Eröffnung des Konkurses "in Absicht, sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen, seine Vermögensstükke beiseite schafft" (Art. 257 Ziff. 2 SchKG), so kann der Gesellschaftsgläubiger für seine Forderung sofort das Privatvermögen des Gesellschafters mit Arrest belegen. Es wird also dem einzelnen Gesellschafter kaum gelingen, zum Nachteile der Gesellschaftsgläubiger sein Privatvermögen durchzubringen, wenn die wachsamen Gesellschaftsgläubiger von den ihnen gebotenen gesetzlichen Schutzmaßnahmen richtig Gebrauch machen. Wenn der leitende Gedanke des Rechtsausschusses darin bestand, daß die Gesellschafter durch drohenden gleichzeitigen Privatkonkurs nachdrücklich angetrieben würden, die Gesellschaft durch ihre Privatmittel zu unterstützen, so ist dieser Druck als widerspruchsvoll ebenfalls zu mißbilligen, da das THGB selbst den Gesellschaftern die Freiheit gewährt, die weitere Zuschüsse über ihren Verlustanteil hinaus an die Gesellschaft zu verweigern (Art. 171 THGB).

2. Im deutschen Recht:

Infolge der Selbständigkeit der Vermögenssphäre der Gesellschaft und der einzelnen Gesellschafter bewirkt die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters nicht den Konkurs, sondern nur die Auflösung der Gesellschaft (§ 131 Ziff. 5 HGB), die auf die persönliche Haftung des Gesellschafters keinen besonderen Einfluß hat. Durch die Auflösung der Gesellschaft wird der in der OHG angelegte Vermögensanteil des Gemeinschuldners durch Abwicklung von der gesamthänderischen Bindung befreit und als Auseinandersetzungsguthaben an die Privatkonkursmasse entrichtet. Nach § 16 I KO erfolgt diese Auseinandersetzung mit dem Konkursverwalter des Gemeinschuldners außerhalb des Konkursverfahrens. Die übrigen Mitgesellschafter können gemäß § 51 KO wegen ihrer sich auf das Gesellschaftsverhältnis gründenden Forderungen aus dem bei der Auseinandersetzung ermittelten Anteile des Gemeinschuldners abgesonderte Befriedigung beanspruchen. Danach müssen diese ihre übrigen Forderungen als Konkursforderung an die Masse anmelden.

Als Konkursgläubiger des Privatkonkurses kommen nicht nur die Privatgläubiger, die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung einen verfolgbaren Vermögensanspruch gegen den Gemeinschuldner haben, sondern auch die Gesellschaftsgläubiger in Betracht; wie die Privatgläubiger des Gemeinschuldners können auch die Gesellschaftsgläubiger ihre Forderungen in vollem Betrage geltend machen; es besteht hinsichtlich der Befriedigung aus der Konkursmasse zwischen den Gesellschaftsgläubigern und Privatgläubigern kein Vorrecht (22).

Im Falle, daß mehrere Gesellschafter gleichzeitig in Konkurs fallen, können die Gesellschaftsgläubiger nach Maßgabe des § 68 KO i. V.

m. § 128 HGB in jedem Privatkonkurse ihre Forderungen mit vollem Betrag geltend machen (23).

3. Im schweizerischen Recht:

Die Konkurseröffnung über das Privatvermögen eines Gesellschafters wird im schweizerischen Recht im Art. 568 III SOR als eine besondere Möglichkeit für die Geltendmachung der prinzipalen Haftung des betreffenden Gesellschafters angeführt. Art. 568 III SOR scheint hierbei von der Konkurseröffnung über einen Gesellschafter auf Grund der Betreibung seiner Privatgläubiger auszugehen. Es könnte an den Fall, daß der Privatkonkurs auf Betreibung der Gesellschaftsgläubiger herbeigeführt wird, nicht gedacht sein, weil es ja dann mit Rücksicht auf die dort erwähnten Voraussetzungen, bei deren Eintritt die Subsidiarität der persönlichen Haftung für den Gesellschafter ohnehin wegfällt, unnötig wäre, noch den Konkurs eines Gesellschafters als Belangbarkeitsvoraussetzung besonderes zu erwähnen.

Die Mitglieder einer eingetragenen Kollektivgesellschaft unterliegen der Konkursbetreibung (24), u.z. sowohl für die Gesellschaftsschulden als auch für die privaten (25).

Wie im türkischen Recht werden auch hier im Konkurs eines Gesellschafters - bei Solvenz der Gesellschaft - zuerst gemäß Art. 208 SchKG alle seine Privatschulden fällig. Hinzu kommen die Gesellschaftsgläubiger, die gemäß Art. 218 II SchKG und 568 III SOR ebenfalls ihre Forderungen in vollem Betrage in Privatkonkurs eingeben können, auch wenn sie gegenüber der Gesellschaft noch nicht fällig geworden sind (26).

Diese Fälligkeit tritt jedoch im Verhältnis der Gesellschaftsgläubiger zu der Gesellschaft und den übrigen Gesellschaftern nicht ein; ebenso bleibt die Subsidiarität ihrer Haftung bestehen (27).

Die Höhe der Forderung vermindert sich gegenüber der Gesellschaft und den übrigen Gesellschaftern nur in dem Maße, als der Gläubiger im Privatkonkurs befriedigt wurde. Sind aber auch diese anschließend in Konkurs gefallen, so kann der Gesellschaftsgläubiger seine Forderung erneut in vollem Betrage eingeben (28).

Beim Aufrechtbleiben der Gesellschaft gehören zu den Aktiven der Konkursmasse des Kollektivgesellschafters außer seinem Privatvermögen noch sein Guthaben bei der Gesellschaft, nämlich der Liquidationsanteil und die Individualansprüche wie Zinse, Honorar, Gewinnanteil (29). Die Konkursverwaltung des in Konkurs gefallenen Gesellschafters kann durch Kündigung die Auflösung der Gesellschaft gemäß Art. 575 SOR herbeiführen und das Guthaben des Gemeinschuldners an die Masse entrichten lassen. Hiernach hat also der Konkurs eines Gesellschafters denjenigen der Gesellschaft, wie auch umgekehrt, nicht zur Folge (30). Die Auflösung der Gesellschaft kann jedoch, wie im türkischen Recht, durch die Befriedigung der Konkursverwaltung oder der Privatgläubiger oder durch Ausschluß des in Konkurs gefallenen Gesellschafters aus der Gesellschaft und Entrichtung seines Anteils am Gesellschaftsvermögen abgewendet werden (Art. 578 SOR). Damit wird sowohl den Privatgläubigern der Umweg über richterlichen Ent-

scheid erspart, als auch den übrigen Gesellschaftern die Fortsetzung der Gesellschaft unter sich ermöglicht.

Obwohl die Gesellschaft im Falle des Ausscheidens des in Konkurs gefallenen Gesellschafters weder aufgelöst noch erfolglos betrieben worden ist, können die Gesellschaftsgläubiger am Privatkonkurs ihre Forderungen eingeben, weil ihnen diese Befugnis im Art. 568 III SOR ausdrücklich zugesprochen wird (31).

Bei Mehrheit von Privatkonkursen der Gesellschafter gilt die Bestimmung des Art. 216 I SchKG, die dieselbe Regelung enthält wie die des Art. 203 SchKG im türkischen Recht.

§ 3

Die Haftungslage bei der Gleichzeitigkeit von Gesellschafts- und Privatkonkursen.

1. Im türkischen Recht:

A. Im allgemeinen:

Es wird hierbei an den Tatbestand gedacht, den Art. 205 I SchKG voraussetzt. Dieser Tatbestand ist dann gegeben, wenn die Gesellschaftsgläubiger die Konkurseröffnung zugleich gegen die Gesellschaft und Gesellschafter beantragen, d. h. also wenn die beiden Konkurseröffnungen im gleichen Zeitpunkt erfolgen (1). Da aber über die Kollektivgesellschafter auch auf die Betreibung ihrer Privatgläubiger Konkurs eröffnet werden kann, ist dann eine Gleichzeitigkeit im Sinne des Art. 205 I SchKG anzunehmen, wenn ein Konkurs eröffnet wird, bevor der Abschluß eines anderen gerichtlich erklärt ist (Art. 254 III, IV SchKG). Dies geht auch aus dem Wortlaut des Art. 205 I SchKG selbst hervor, in welchem das Zusammenfallen der beiden Konkurse "in die gleiche Zeit", bzw. "in den gleichen Zeitraum" erwähnt wird (2).

Der Umfang und Bestand der Aktiv- und Passivmasse der Gesellschaft bleibt beim gleichzeitigen Gesellschafts- und Privatkonkurs grundsätzlich derselbe wie beim alleinigen Gesellschaftskonkurs. Dagegen erfahren die Aktiv- und Passivmasse des Privatkonkurses Änderungen gegenüber dem Fall, daß ein Gesellschafter allein in Konkurs gefallen ist. In die Aktivmasse fällt hier kein Liquidationsanteil. Wenn die Gesellschaft ebenfalls im Konkurs ist, unterliegt das gesamte Vermögen dem ausschließlichen Zugriff der Gesellschaftsgläubiger (Art. 181 THGB).

In Bezug auf die Passivmasse des Privatkonkurses, in der auch die Rechtsfolgen des gleichzeitigen Konkurses hinsichtlich der Gesellschafts- und Privatgläubiger ersichtlich werden, ist folgendes zu bemerken:

Art. 205 I SchKG lautet: "Wenn das Konkursverfahren einer Kollektivgesellschaft und dasjenige eines ihrer Teilhaber in die gleiche Zeit fallen, so können die Gesellschaftsgläubiger auch im Konkurse des Teilhabers ihre Forderungen in vollem Betrage eingeben. Sie können

jedoch im Konkurse des Teilhabers nur denjenigen Betrag ihrer Forderungen geltend machen, den sie im Gesellschaftskonkurs nicht haben erhalten können".

Hiernach können die Gesellschaftsgläubiger ihre Forderungen beim gleichzeitigen Konkurs der Gesellschaft und des Teilhabers in jedem Konkurs in vollem, ursprünglichen Betrag eingeben. Durch diese Bestimmung, welche von ihrem schweizerischen Vorbild (3) aus Zweckmässigkeits-, bzw. konkurstechnischen Gründen (4) abweichend übersetzt wurde, werden die Gesellschaftsgläubiger gegenüber den Privatgläubigern des in Konkurs gefallenen Gesellschafters nicht besser, sondern nur sicherer gestellt. Es ist bereits erwähnt worden, daß Art. 182 II THGB eine solche Besserstellung der Gesellschaftsgläubiger ausdrücklich untersagt. Ausgenommen sind nur diejenigen Gläubiger, die ein gesetzliches Vorzugsrecht besitzen (5). Durch eine Begünstigung der Privat- oder der Gesellschaftsgläubiger wäre entweder die Kreditfähigkeit der Gesellschaft gemindert, oder umgekehrt die Privatgläubiger unbilligerweise benachteiligt.

Die Gesellschaftsgläubiger werden zwar auf Grund des Art. 205 I SchKG mit vollem Betrage ihrer Forderungen zugelassen, aber nur unter dem Vorbehalt, daß sie nur für den im Gesellschaftskonkurs erlittenen Ausfall anteilsberechtigt sind (6). Der leitende Gedanke des Gesetzgebers im Art. 205 I SchKG besteht darin, dem Gesellschaftsgläubiger auf jeden Fall den Bezug der ihm für seinen Anteil zukommenden Dividende aus dem Privatkonkurs zu sichern. Die Bestimmung des Art. 205 I SchKG kann nicht dahingehend ausgelegt werden, daß der Gesellschaftsgläubiger im Konkurs eines jeden Gesellschafters den Konkurserlös erhalten dürfe, der für die voll angemeldete Forderung errechnet wurde. Sobald der Gesellschaftskonkurs abgeschlossen wird, wird die im Privatkonkurs in ihrem vollen Betrag aufgenommene Forderung des Gesellschaftsgläubigers auf den Betrag des Ausfalles reduziert und hierauf die Dividende des Privatkonkurses festgestellt und schließlich die Verteilung vorgenommen. Im Falle, daß der Privatkonkurs eher abgewickelt ist als der Gesellschaftskonkurs, wird eine Verteilung an die Privatgläubiger sofort vorgenommen, da sie am Gesellschaftskonkurs nicht beteiligt sind und daher nicht solange zu warten brauchen. Dagegen werden den Gesellschaftsgläubigern die nach dem vollen Betrage ihrer Forderungen berechneten Dividende nicht verteilt, sondern bis zur Feststellung des Ausfalles im Gesellschaftskonkurs hinterlegt. Das alles ergibt sich aus Art. 250 II SchKG: "Die den Forderungen unter aufschiebender Bedingung oder mit ungewisser Verfallzeit zukommenden Anteile werden bei einer Hinterlegungsanstalt hinterlegt". Wenn inzwischen der Gesellschaftskonkurs abgeschlossen wird, so erhalten die Gesellschaftsgläubiger ihren Anteil, der zwar mit dem gleichen Prozentsatz aber nur für den Ausfall errechnet wurde. Soweit der Gesellschaftsgläubiger aus der Masse der Gesellschaft Dividende erhält, liegt dieser Anteil unter der für ihn hinterlegten Summe. Der Überschuß wird in diesem Fall in einer nachträglichen Liquidation vom Konkursamt ohne weitere Förmlichkeit an die Gläubiger nach ihrer Rangordnung verteilt (Art. 255 I u. II SchKG). An dieser Nachtragsverteilung nehmen nicht nur die Privatgläubiger, sondern auch die Gesellschaftsgläubiger mit ihrem im Gesellschaftskonkurs erlittenen Ausfall teil, weil

die im Privatkonkurs erhaltene Konkursdividende davon nicht in Abzug gebracht wurde.

Da der Anspruch des Gesellschaftsgläubigers auf den Ausfall beschränkt ist, erhebt sich die Frage, was unter Ausfall zu verstehen ist. Aus dem Wortlaut des Art. 205 I SchKG scheint zwar sich zu ergeben, daß der Gesellschaftsgläubiger seine Forderung im Gesellschaftskonkurs auf alle Fälle anmelden muß (7). Der Frage, ob man hier eine bloße Berechtigung oder Verpflichtung des Gesellschaftsgläubigers, sich zunächst aus dem Gesellschaftsvermögen zu befriedigen, annimmt, kommt jedenfalls hier keine praktische Bedeutung zu. Durch die Nichtteilnahme eines Gesellschaftsgläubigers am Gesellschaftskonkurs werden die Aussichten der Privatgläubiger auf Befriedigung aus der Privatkonkursmasse nicht geschmälert; wenn ein Gesellschaftsgläubiger es für besser hält, seine Forderung im Gesellschaftskonkurs nicht einzugeben, so fällt die Summe, die ihm sonst als Dividende zugekommen wäre, den Dividenden der übrigen Gesellschaftsgläubiger zu und dadurch werden deren Ausfallsforderungen im Privatkonkurs um den betreffenden Betrag kleiner. Im Ergebnis wird also die Aktivmasse des Gesellschafterkonkurses mit der gleichen Summe, d. h. mit der Differenz zwischen Aktiven und Passiven des Gesellschaftskonkurses, belastet, als wenn alle Gesellschaftsgläubiger ihre vollen Forderungen geltend gemacht hätten. Die Privatgläubiger erhalten im Ergebnis immer die gleiche Summe.

Ist der Gesellschaftsgläubiger für den im Gesellschaftskonkurs erlittenen Ausfall durch einen nicht in Konkurs geratenen Gesellschafter befriedigt worden, so kommt, da die Gesellschafter zueinander im Verhältnis der Mitverpflichtung stehen, die Bestimmung des Art. 204 SchKG zur Anwendung (8), und zwar sowohl in Bezug auf die Ansprüche des Gesellschaftsgläubigers als auch in Bezug auf die Regreßansprüche des zahlenden Gesellschafters gegenüber dem in Konkurs geratenen Mitgesellschafter. Danach kann der Gesellschaftsgläubiger trotz der teilweisen Befriedigung im Konkurse des Gesellschafters die Forderung für den ganzen, im Gesellschaftskonkurs erlittenen Ausfall geltend machen (9), wobei die Rückgriffsberechtigung des teilweise zahlenden Gesellschafters gegen den in Konkurs geratenen Mitgesellschafter keinen Einfluß ausübt. Das Recht auf Geltendmachung des ganzen Ausfalles im Gesellschafterkonkurs steht sowohl dem Gesellschaftsgläubiger als auch dem zahlenden Gesellschafter zu. Der auf den Ausfall entfallene Anteil an der Konkursmasse kommt dem Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung zu. Aus dem Überschuß erhält der rückgriffsberechtigte, die Teilzahlung leistende Gesellschafter (10) "den Anteil, der auf den Betrag seiner Rückgriffsforderung fällt" (11). Der Rest verbleibt der Privatkonkursmasse (12).

Nach diesen Ausführungen liefert der Wortlaut des Art. 204 SchKG uns folgende Rechtslage: Im Konkurse des Gesellschafters wird die restliche Forderung des Gesellschaftsgläubigers und die als Teilzahlung vom aufrechtstehenden Gesellschafter geleistete Summe nicht getrennt, sondern zusammen als ursprüngliche Ausfallsforderung des Gesellschaftsgläubigers von diesem oder vom Teilzahler eingegeben (13). Die Regreßforderung ruht sozusagen gleichsam in der angemeldeten ursprünglichen Ausfallsforderung und erlangt nur Wirksamkeit, wenn von

den Dividenden des Privatkonkurses nach der vollständigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger etwas übrig bleibt (14), m.a.W. es wird von den im Privatkonkurse auf den gesamten Ausfall des Gesellschaftskonkurses treffen Dividenden zunächst der Gesellschaftsgläubiger vollständig befriedigt; wenn etwas noch übrig bleibt, so erhält der rückgriffsberechtigte Gesellschafter von diesem Überschuß die Dividende "vom Betrage seines Rückgriffsrechtes" (15). Der Rest fällt zur Masse zurück für die unbefriedigt gebliebenen sonstigen Konkursgläubiger.

Aus dieser Regelung erhellt sich deutlich, daß der Gesellschaftsgläubiger im Privatkonkurs eine Art Vorrecht genießt, welches dadurch gewährt wird, daß dieser u. U. mittelbar auf den Anteil des rückgriffsberechtigten Mitgesellschafters greifen kann. Der Teilzahler ist von der Teilnahme am Konkursergebnis einfach ausgeschlossen, solange der Gesellschaftsgläubiger nicht volle Befriedigung erlangt hat (16).

Art. 204 SchKG hat Geltung, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt und auf die Art und Weise der "teilweisen" Befriedigung. Es wird also kein Unterschied gemacht, ob sie vor oder nach der Konkurseröffnung freiwillig oder im Wege der Zwangsvollstreckung, Verrechnung, Novation etc. stattgefunden hat (17).

Die vom Gläubiger angemeldete Forderung bleibt in vollem Betrage bestehen, auch wenn er von einem Mitverpflichteten nach der Konkurseröffnung ganz befriedigt wird; seine Anmeldung gilt dann weiter zugunsten des Teilzahlers, indem dieser im Verhältnis seiner Regreßansprüche gegenüber dem in Konkurs befindlichen Gesellschafter an die Stelle des Gesellschaftsgläubigers tritt. Wird aber der Gesellschaftsgläubiger vor der Konkurseröffnung durch einen Mitgesellschafter ganz befriedigt, so erlischt damit seine Forderung, und nur noch der rückgriffsberechtigte Zahler kann einen solchen Anspruch im Konkurse des Mitgesellschafters selbständig anmelden (18).

Es ist denkbar, daß einer der aufrechtstehenden Gesellschafter die gesamten Gesellschaftsschulden bezahlt, bevor die Gesellschaftsgläubiger aus dem Gesellschafts- oder Privatkonkurs etwas bezogen haben. In diesem Fall können die Gesellschaftsgläubiger weder im Gesellschaftskonkurs noch im Privatkonkurs ihre Forderungen, die ja in diesem Falle nun nicht mehr existieren, geltend machen. Der zahlende Gesellschafter tritt dann an Stelle der Gesellschaftsgläubiger mit der ganzen von ihm bezahlten Summe als alleinigen Gläubiger im Gesellschaftskonkurs. Im Privatkonkurs seines Mitgesellschafters dagegen kann er sich nicht auf das Recht der Gläubiger berufen und die ganze Forderung beanspruchen. Im Konkurse des Gesellschafters kann er nur den Betrag geltend machen, den der betreffende Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag oder subsidiär nach den gesetzlichen Bestimmungen als Verlustanteil zu tragen hat.

Hat ein aufrechtstehender Gesellschafter die Gesellschaftsgläubiger vor der Verteilung im Gesellschafts- und Gesellschafterkonkurs teilweise befriedigt, so können die Gesellschaftsgläubiger im Firmakonkurs ihre vollen ursprünglichen Forderungen geltend machen und,

solange sie nicht vollständig befriedigt sind, erhält der zahlende Gesellschafter nichts aus der Konkursmasse der Gesellschaft. Die Gesellschaftsgläubiger können außerdem im Privatkonkurs des Gesellschafters ohne Berücksichtigung der Teilzahlung den vollen Betrag ihrer Forderungen geltend machen (Art. 205 I SchKG). Der auf diesen Betrag entfallende Anteil an der Privatkonkursmasse kommt gemäß Art. 204 SchKG den Gesellschaftsgläubigern bis zu ihrer vollständigen Befriedigung zu. Aus dem Überschuß erhält der Gesellschafter, der teilweise gezahlt hat, die Dividende vom Betrage seines Rückgriffrechtes.

B. Im Falle des Zusammenfallens des Gesellschaftskonkurses mit mehreren Privatkonkursen:

Sind neben der Gesellschaft mehrere Gesellschafter gleichzeitig in Konkurs gefallen, so kommt, wenn man - in analoger Anwendung - die Gesellschaft einerseits und die Gesellschafter andererseits als "Mitverpflichtete" betrachtet, i. V. m. Art. 205 II SchKG die Bestimmung des Art. 203 SchKG zur Anwendung. Danach können die Gesellschaftsgläubiger in jedem Privatkonkurse ihre Forderungen in vollem Betrage anmelden, wobei sie jedoch nur einen Betrag bis zur Höhe ihres im Gesellschaftskonkurs erlittenen Ausfalles herausverlangen können (Art. 203 I, 205 I SchKG). Durch diese Regelung wird dem Zweck der Solidarität am besten Rechnung getragen, da dem Gesellschaftsgläubiger bei Konkurseröffnung über das Vermögen aller Gesellschafter, was nach der Regelung der Art. 180 und 182 THGB regelmäßig der Fall sein wird, die Möglichkeit gegeben wird, seine Forderung dadurch möglichst vollständig zu erhalten. Art. 203 I SchKG ist insoweit eine konkursrechtliche Auswirkung des Solidaritätsprinzips, nach welchem der Gläubiger seine Forderung nach Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zum Teil fordern kann und bis zu seiner vollständigen Befriedigung durch die Geltendmachung der Forderung gegen den einen Schuldner seine Forderung gegen die anderen keineswegs einbüßt (Art. 142 II TOG).

Bei Mehrheit von Privatkonkursen kommt jedem Gesellschaftsgläubiger eine bestimmte Dividende zu. Insgesamt sollen diese Dividenden der verschiedenen Massen nicht mehr ausmachen als den ganzen Betrag der Forderung eines jeden Gesellschaftsgläubigers (Art. 203 II SchKG). "Ergeben die Zuteilungen aus den verschiedenen Konkursmassen mehr als den Betrag der ganzen Forderung, so fällt der Überschuß an die Massen zurück, die dem Gläubiger mehr bezahlt haben, als sie verpflichtet sind". Im Hinblick auf die Kollektivgesellschaft bestimmen sich also die Massen, an die der Überschuß zurückfallen soll, nach Maßgabe der unter den Mitverpflichteten -bzw. den Gesellschaftern- bestehenden Rückgriffsrechte (19).

Art. 203 III SchKG bestimmt: "Solange der Gesamtbetrag der Zuteilungen den vollen Betrag der Forderung nicht erreicht, haben die Massen wegen der geleisteten Teilzahlung keinen Rückgriff gegeneinander". In Verbindung mit Abs. II ergibt sich, daß auch dann kein Rückgriffsrecht gegeben ist, wenn die Summe der Zuteilungen gerade dem vollen Anspruch gleichkommt. Ferner läßt der Umkehrschluß des Abs. III, der ein Regreßrecht der solidarisch haftenden Massen vor der Be-

friedigung der Gläubiger untersagt, die Tatsache erkennen, daß diese Bestimmung hinsichtlich des Rückgriffsrechtes für die noch aufrechtstehenden Gesellschafter nicht in Betracht kommt (20). Die Konkursmassen können in diesem Falle von den noch solventen Gesellschaftern die Summe beanspruchen, die sie unter Berücksichtigung des Gesellschaftsvertrages zu viel bezahlt haben. Selbstverständlich bleibt das Recht des Gläubigers unberührt, gegen den aufrechtstehenden Gesellschafter gemäß Art. 179 I THGB vorzugehen, und zwar ohne den Abschluß der verschiedenen Konkursverfahren abzuwarten.

Die Bestimmung des Art. 203 III SchKG mag auf den ersten Blick willkürlich und unbillig erscheinen; für die gegenwärtige Regelung sprechen jedoch Gründe der praktischen Einfachheit und Zweckmäßigkeit (21). Art. 203 III SchKG dient dem gleichen Zweck wie Art. 204 III SchKG; er will verhindern, daß ein Gesellschafter, bzw. seine Konkursmasse, aus der Masse eines anderen Mitgesellschafters etwas erhält, bevor die Gläubiger vollständig befriedigt sind.

2. Im deutschen Recht:

In Bezug auf die Gleichzeitigkeit des Gesellschafts- und Privatkonkurses besteht die Besonderheit des deutschen Rechts darin, daß die Gesellschafter in diesem Fall nicht mehr wie beim alleinigen Gesellschafts- oder Gesellschafterkonkurs auf den ganzen Betrag der Forderung, sondern nur Ersatzweise, d. h. für den Ausfall, den die Gesellschaftsgläubiger im Gesellschaftskonkurs erleiden, haften. Dies geht aus § 212 KO hervor. Beim gleichzeitigen Gesellschafts- und Gesellschafterkonkurs nimmt die persönliche Haftung des einzelnen Gesellschafters für die Gesellschaftsschulden subsidiären Charakter an (22). Die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger werden zu inhaltlich beschränkten und in Ansehung ihrer Höhe bedingten (23). Daher finden die für die Geltendmachung der Konkursforderungen geltenden Grundsätze Anwendung (§ 54 KO). Die Gesellschaftsgläubiger können im Privatkonkurs zwar ihre vollen Forderungen anmelden, ausbezahlt wird jedoch nur die auf den Ausfall entfallende Dividende (24). Bei Verzicht auf die Inanspruchnahme der Gesellschaftskonkursmasse können aber die Gesellschaftsgläubiger mit dem vollen Betrage im Privatkonkurs des einzelnen Gesellschafters teilnehmen (25).

Im Falle der Mehrheit der gleichzeitigen Privatkonkurse können die Gesellschaftsgläubiger, allerdings unter dem Beschränkungsvorbehalt des § 212 KO, ihre Forderungen nach Maßgabe des § 68 KO i. V. m. § 128 HGB in jedem Konkurse in vollem Betrage geltend machen (26).

3. Im schweizerischen Recht:

Bei gleichzeitigem Konkurs beschränkt sich der Betrag, den die Gesellschaftsgläubiger im Privatkonkurs "eingeben" können, auf den im Gesellschaftskonkurs unbezahlt gebliebenen Rest ihrer Forderungen (Art. 218 I Satz 1 SchKG).

Auf Grund des Art. 570 I SOR geht das Liquidationsbetreffnis des in Konkurs gefallenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen seiner Konkursmasse verloren und wird damit den Privatgläubigern voll-

ständig entzogen. Als Ersatz für den Verlust, den die Privatgläubiger durch den Ausbruch des Gesellschaftskonkurses erleiden, und für die Bevorzugung der Gesellschaftsgläubiger im Gesellschaftskonkurs (27) beschränkt sich die Teilnahme des Gesellschaftsgläubigers am Privatkonkurs auf den Ausfall, den sie im Gesellschaftskonkurs erlitten haben.

Auf die Einzelheiten der Geltendmachung der Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger in den einzelnen Konkursmassen und die daraus entstehenden Regreßansprüche einzugehen erübrigt sich, weil das schweizerische Recht als Vorbildgesetzgebung grundsätzlich dieselbe Regelung enthält wie das türkische Recht.

Zweites Kapitel

Haftung des Gesellschafters im Vergleichsverfahren: (1)

1. Im türkischen Recht:

Im Anschluß an den Konkurs verdient das Vergleichsverfahren als ein dem ersteren verwandtes Verfahren wegen der eigenartigen Gestaltung der Haftung der Gesellschafter sowie der Gesellschaft selbst eine besondere Betrachtung.

Das Vergleichsverfahren, welches nach dem türkischen Recht sowohl im Konkurs als auch vor dem Konkurs eingeleitet werden kann, stellt seinem Wesen nach ein Ersatzmittel des Konkurses dar (2). Es strebt einerseits ähnlich wie beim Konkurs die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger an und gewährleistet andererseits durch seine besondere Milde dem Schuldner eine gewisse Rechtswohltat. Dem bedrängten Schuldner wird durch das Vergleichsverfahren ermöglicht, mit Zustimmung einer gesetzlich qualifizierten Mehrheit seiner Gläubiger (3) und unter Bestätigung der zuständigen Behörde seine sämtlichen Schulden mit einer von ihm vorgeschlagenen Summe, welche nicht weniger als 30 % der gesamten Schulden ausmachen darf, zu tilgen (4). Dadurch kann sowohl der ehrliche Schuldner, dessen Vermögensverfall ohne eigenes Verschulden nur als eine Folge von unberechenbaren Verhältnissen eintritt (5), die vernichtenden Folgen der erfolglosen Betreibung und des Konkurses, welche die Ausstellung eines Verlustscheines nach sich ziehen (6), von sich abwenden, als auch können die Gläubiger ihre Dividende schneller und vielleicht in größerem Maße erhalten, als sie eine Zwangsvollstreckung abzuwerfen vermöchte.

Anders als beim Konkurs, da der Gläubiger für den unbezahlt gebliebenen Rest seiner Forderung einen Verlustschein bekommt (Art. 251 SchKG), durch welchen dieser seine unverjährbare Ausfallsforderung weiter geltend machen kann (Art. 143 SchKG), verliert der Gläubiger im Vergleichsverfahren, freiwillig oder gezwungen, sein Forderungsrecht zu einem Teile.

Von einem Ausfalle im Sinne des Konkurses kann also beim Vergleichsverfahren nicht gesprochen werden. Der Zwangsvergleich erzeugt eine doppelseitige Wirkung für Gläubiger und Schuldner: Auf der

Gläubigerseite ist der abgeschlossene Vergleich, abgesehen von pfandgesicherten Forderungen, für sämtliche Gläubiger, also auch für diejenige Minderheit, die ihm nicht zugestimmt hat, rechtsverbindlich (7). Auf der Schuldnerseite kommt der Vergleich dagegen nur dem Gemein- oder Vergleichsschuldner zugute. Nach Art. 295 SchKG erstreckt sich der einem Schuldner gewährte Vergleich nicht auf Mitschuldner, Bürgen und Gewährpflichtige, sofern der Gläubiger dem Vergleich nicht zugestimmt hat oder den genannten Personen unter Wahrung bestimmter Formen die Abtretung seiner Forderung gegen Zahlung angeboten hat.

Bei analoger Anwendung dieser Bestimmung auf die Kollektivgesellschaft erhebt sich die Frage, ob sich die Wirkungen eines über das Vermögen der Gesellschaft abgeschlossenen Vergleiches nur auf die Gesellschaft beziehen oder auch auf Gesellschafter ausdehnen. Im ersten Fall wird nur gegenüber der Gesellschaft der Umfang der Haftung begrenzt, während die persönliche Haftung der Gesellschafter aus Art. 178 THGB unbeschränkt bleibt. Im zweiten Fall dagegen beschränkt sich die persönliche Haftung der Gesellschafter wie die der Gesellschaft nur auf die Vergleichsquote.

M. E. ist diese Frage auf Grund der besonderen Struktur der Kollektivgesellschaft und der praktischen Erwägungen der Zweckmäßigkeit im zweiten Sinne positiv zu entscheiden, wie sie in der Tat auch im deutschen Recht durch die ausdrückliche Bestimmung des § 211 KO und im schweizerischen Recht seitens der Lehre und ständiger Rechtssprechung bejaht wird (8).

Zur Gewährung des Vergleiches setzt die Bestimmung des Art. 286 SchKG u. a. voraus, daß "der Vergleichsentwurf des Schuldners seinen Aktiven entsprechen muß", d. h. der Vergleich wird dem Schuldner unter Berücksichtigung seiner wirklichen "Vermögenslage" (9) gewährt. Es ist bereits hervorgehoben worden (10), daß sich die Vermögenslage der Kollektivgesellschaft und damit ihre Kreditfähigkeit nicht nach dem Gesellschaftsvermögen, sondern vor allem nach dem Privatvermögen der Gesellschafter bestimmen läßt, da die Bildung, Höhe und Erhaltung des Gesellschaftsvermögens als eine Angelegenheit des Innenverhältnisses vom Willen der Gesellschafter abhängig ist (11). Wenn die Prüfung der Vermögenslage der Gesellschaft und damit die Gewährung des Vergleiches nach diesen tatsächlichen Umständen unter Mitberücksichtigung des Privatvermögens der Gesellschafter stattfinden muß (12), so muß sich die Wirkung des Vergleiches auch auf die Gesellschafter erstrecken, soweit es sich um ihre Haftung für die Gesellschaftsschulden handelt (13). Bei der Annahme des Gegenteils hätten weder die Gesellschaft noch die Gesellschafter ein Interesse am Zustandekommen eines Vergleichs. Die Gesellschaft wäre daran nicht interessiert, weil ihre Kreditbasis, und damit die Fortdauer ihrer Geschäftstätigkeit durch das Privatvermögen der Gesellschafter gewährleistet wird (14). Bei ständiger Bedrohung der Gesellschafter mit dem bevorstehenden Konkurs kann von der Aufrechterhaltung des Gesellschaftsunternehmens, welche der Vergleich vor allem zum Ziele hat (Sanierungszweck), nicht gesprochen werden. Ebenso wäre das Interesse der Gesellschafter am Ab-

schluß eines Vergleiches zu gering, wenn sie, nachdem sie mit ihren Privatmitteln zur Ermöglichung einer genügenden Teilbefriedigung der Gesellschaftsgläubiger ehrlich und u. U. mehr als im Konkursfall beigetragen haben, für den nachgelassenen Teil der Forderungen später doch aufzukommen hätten.

Obwohl der hier vertretene Standpunkt in der persönlichen Haftung des Kollektivgesellschafters eine der Bürgschaft ähnliche Haftungsform erblickt, kann der Kollektivgesellschafter deshalb trotzdem unter Art. 295 SchKG eingereiht werden, da hier, anders als bei der Bürgschaft, die strenge vermögensrechtliche Abhängigkeit der Existenz der Gesellschaft von ihren Mitgliedern es mit sich bringt, daß eine Sanierung der Gesellschaft nur durch diejenige der Gesellschafter möglich ist.

Nach Art. 185 Ziff. 1 THGB wird die Kollektivgesellschaft, über deren Vermögen Konkurs eröffnet wird, ipso jure aufgelöst, selbst wenn der Konkurs mit Zwangsvergleich endet (15). Damit tritt auf Grund des Art. 179 I THGB die primäre Belangbarkeit der Gesellschafter ein. Ist aber der Vergleich vor der Eröffnung des Konkurses zustande gekommen (16), so gilt die Gesellschaft nicht als aufgelöst, weil der Vergleich gerade die Vorbeugung dieser Folge ermöglicht (17). Ebenso liegt im Abschluß des Vergleiches über die Gesellschaft auch keine erfolglose Betreibung derselben vor, da die hierzu erforderliche Dokumentierung der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, nämlich der Verlustschein fehlt. Danach ist also beim Anschluß des Vergleiches mit der Gesellschaft keine der im Art. 179 I THGB genannten Voraussetzungen gegeben, bei deren Vorliegen die unmittelbare Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden und dabei auch für die nachgelassene Quote eintritt.

Das Vergleichsverfahren, welches drei Vorgänge, die sog. Bewilligungs-, Zustimmungs- und Bestätigungsverfahren, in sich schließt, äußert seine Wirkungen vom Zeitpunkt der Gewährung der Vergleichsstundung an. Während dieser Stundungszeit wird die Belangbarkeit der Gesellschaft und derzufolge die der Gesellschafter gehemmt (Art. 289 SchKG). Der erste Vorgang des Verfahrens, in dem der Schuldner nur versucht, den Abschluß eines Vergleiches zu erreichen (18), dürfte einer Inanspruchnahme der Gesellschaft, und wenn die erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, ebenfalls der des einzelnen Gesellschafters nicht im Wege stehen (19).

Daß die Haftung der Gesellschafter für ihre Privatschulden durch den zugunsten der Gesellschaft abgeschlossenen Vergleich nicht berührt wird, ergibt sich daraus, daß die Gesellschaft und ihre Mitglieder, abgesehen von der gesetzlich vorgeschriebenen Haftung der letzteren für die Gesellschaftsschulden, als selbständige Personen völlig getrennte Rechts- und Pflichtensphäre besitzen. Die Gesellschafter haften für ihre Privatschulden nach wie vor mit ihrem ganzen Vermögen. Auch wird die unbeschränkte Haftbarkeit des Gesellschaftsvermögens für die Firmaschulden in umgekehrtem Fall durch einen privaten Vergleich über das Vermögen eines Gesellschafters nicht berührt.

2. Im deutschen Recht:

Wie im türkischen und schweizerischen Recht ist auch im deutschen Recht ein Vergleich bei der OHG zulässig, und zwar sowohl im Konkurs (Konkursaufhebungsvergleich - Zwangsvergleich) wie auch vor der Konkurseröffnung zur Verhütung des drohenden Konkurses (Konkursabwendungsvergleich - gerichtliches Vergleichs- oder Ausgleichsverfahren). In beiden Fällen muß der Vergleichsvorschlag von allen persönlich haftenden Gesellschaftern gemacht werden (20). Der Vergleich begrenzt, sei es vor oder nach der Konkurseröffnung über die Gesellschaft, zugleich den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter, soweit er nicht ein anderes festsetzt (21). Aus dieser dispositiven Regelung geht hervor, daß im Vergleich vorgesehen werden kann, daß die Haftung der Gesellschafter unberührt bleibt, oder daß sie nur in geringerem Umfang als die Gesellschaftsschuld herabgesetzt wird (22).

Nach der herrschenden Lehre gilt die Haftungsbeschränkung im § 109 Ziff. 3 VglO u. § 211 II KO nur für die gegenwärtigen Gesellschafter, nicht aber für die vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens ausgeschiedenen Gesellschafter (23).

Wenn sich das Gesellschaftsvermögen und Privatvermögen der Gesellschafter gleichzeitig im Konkurs oder (gerichtlichen) Vergleichsverfahren oder das eine im Konkurs und das andere im Vergleichsverfahren befinden, so wird die Haftung des betreffenden Gesellschafters zur Ausfallshaftung (24).

3. Im schweizerischen Recht:

In der Literatur und Rechtssprechung wird hier fast ausnahmslos die Auffassung vertreten, daß sich die Wirkungen eines zugunsten der Gesellschaft abgeschlossenen Vergleiches auch auf die sämtlichen Gesellschafter erstrecken (25). Hierbei ist nicht erforderlich, daß der Vergleich mit allen Gesellschaftern abgeschlossen wird; es genügt, daß die Gesellschaft richtig vertreten ist (26).

Vom Vergleich ist ein Gesellschafter ausgeschlossen, wenn er sich für eine Gesellschaftsschuld zusätzlich verbürgt hat (Art. 303 SchKG) oder wenn im Vergleich ein ausdrücklicher Vorbehalt gegen ihn gemacht wurde (27).

IV. TEIL

DIE PROZESSUALE GELTENDMACHUNG DER PERSÖNLICHEN HAFTUNG DES GESELLSCHAFTERS

In diesem Zusammenhang kommen drei verschiedene Fragen in Betracht, welche hier zur Vervollständigung der bisherigen Ausführungen einer besonderen Erörterung bedürfen: I. Die Frage nach dem Gerichtsstand des persönlich belangten Gesellschafters, II. Die Rechtskraftwirkung eines gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils für den einzelnen Gesellschafter, III. Schließlich die dem belangten Gesellschafter zustehenden Einreden.

§ 1

Der Gerichtsstand

1. Im türkischen Recht:

Das THGB enthält keine besondere Bestimmung darüber. Die Frage ist daher nach den entsprechenden Bestimmungen der ZPO zu beantworten.

Gemäß Art. 9 TZPO ist der ordentliche Gerichtsstand jeder Person der persönliche Wohnsitz, welcher sich nach den Bestimmungen des TZGB richtet (Art. 20 - 22 TZGB). Von diesem generellen Grundsatz kann nur da abgewichen werden, wo das Gesetz dem Kläger das Recht einräumt, an einem anderen Ort die Klage zu erheben (1), oder wenn durch vertragliche Abmachungen ein besonderer Gerichtsstand als kompetent vereinbart wird.

Im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, mag sie vor oder nach der Auflösung der Gesellschaft festgestellt werden (2), kann der Gesellschaftsgläubiger, - soweit gegen die Gesellschaft kein rechtskräftiges Urteil vorliegt - (3), entweder:

a. den einzelnen Gesellschafter allein,
b. oder alle Gesellschafter oder einige von ihnen (4),
c. oder schließlich die Gesellschaft mit den Gesellschaftern zusammen (5) verklagen und betreiben (Art. 179 I THGB).

Soweit der Gesellschaftsgläubiger von der zweiten und dritten Möglichkeit Gebrauch macht, greift die Bestimmung des Art. 9 II TZPO Platz: "Sind mehrere Beklagte vorhanden und der Klagegrund für sie alle einheitlich oder miteinander verbunden, so kann die Klage am Orte des Wohnsitzes eines der Beklagten erhoben werden". Der in dieser Bestimmung vorausgesetzte Tatbestand des einheitlichen Klagegrundes ist hier gegeben, da die Gesellschaftsschuld bei der Verklagung der Gesellschafter sowohl diesen als auch der Gesellschaft gegenüber durch die inzwischen erfolgte Umwandlung in eine Geldschuld (6) ihren ursprünglichen Charakter verliert (7). Eben aus dieser Tatsache folgt auch, daß ein auf Grund der besonderen Art der Gesellschaftsschuld

oder der vertraglichen Abmachung gegenüber der Gesellschaft geltender Gerichtsstand für den einzelnen Gesellschafter nicht maßgebend ist (8).

Wenn auch Art. 179 I THGB von der Streitgenossenschaft der Gesellschaft mit den einzelnen Gesellschaftern spricht, wird dies in der Praxis nur in den Fällen der gleichzeitigen Konkurseröffnung über das Vermögen der Gesellschaft und des Gesellschafters vorkommen; denn der Gläubiger muß in anderen Fällen, um den einzelnen Gesellschafter unmittelbar belangen zu können, zunächst die Gesellschaft betreiben und gegen sie einen Verlustschein bekommen. In diesem Fall bietet die Verklagung und Betreibung der Gesellschaft mit den Gesellschaftern zusammen ohnehin gar keine Aussichten.

Macht der Gesellschaftsgläubiger von der ersten Möglichkeit Gebrauch, so gilt für den beklagten Gesellschafter als Gerichtsstand nicht der Sitz der Gesellschaft, sondern sein privater Wohnsitz (9). Nach Art. 17 Satz 2 TZPO begründet der Sitz der Gesellschaft für den einzelnen Gesellschafter nur insoweit einen Gerichtsstand, als es sich um die Klagen der Gesellschafter untereinander oder der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter bezüglich der Gesellschaftsangelegenheiten handelt.

2. Im deutschen Recht:

Die OHG hat ihren eigenen allgemeinen Gerichtsstand an ihrem Sitz (§ 17 ZPO). Nach § 22 ZPO ist das Gericht des Gesellschaftssitzes auch zuständig für Klagen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter als solche und für Klagen der Gesellschafter als solcher untereinander (10).

Es wird im allgemeinen die Ansicht vertreten, daß der Sitz der OHG grundsätzlich nicht als Gerichtsstand auch für die ausschließliche oder gleichzeitige Ausklagung der Gesellschafter aus ihrer Haftung gilt (11). Da der einzelne Gesellschafter jedoch nach der herrschenden Lehre inhaltlich die gleiche Leistung schuldet wie die Gesellschaft, ist der Erfüllungsort der Gesellschaft auch für den einzelnen Gesellschafter maßgebend und begründet somit auch ihm gegenüber den gleichen Gerichtsstand (12).

3. Im schweizerischen Recht:

Anders als im deutschen und türkischen Recht begründet der Sitz der Gesellschaft im schweizerischen Recht keinen Gerichtsstand bei Klagen der Gesellschafter untereinander oder der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter (13). Ebenso wird als Gerichtsstand des Gesellschafters bei den Klagen der Dritten gegen den einzelnen Gesellschafter aus seiner persönlichen Haftung nicht der Sitz der Gesellschaft, sondern der Wohnsitz des Gesellschafters angenommen, welcher als ordentlicher Gerichtsstand durch Art. 59 der Bundesverfassung garantiert ist (14). Trotz der allgemeinen Anerkennung dieses Grundsatzes gehen jedoch die Ansichten im Schrifttum bezüglich der Frage auseinander, ob man unter Umständen, wenn der Gesellschaft gegenüber auf Grund der gesetzlichen Bestimmung oder vertraglichen Vereinbarung ein besonderer Gerichtsstand besteht, wie z. B. derjenige

des Erfüllungsortes, ein Sonder- oder Schiedsgericht, auch dann am Wohnsitzprinzip als Gerichtsstand festhalten muß (15). Die bundesgerichtliche Praxis läßt vom Prinzip des Gerichtsstandes des Wohnsitzes bei den Solidarschuldverhältnissen nur dann eine Ausnahme zu, "wenn besondere Gründe für die Zulassung einer einheitlichen Klage gegen alle Beklagten sprechen" (16).

§ 2

DIE RECHTSKRAFTSWIRKUNG EINES GEGEN DIE GESELLSCHAFT ERGANGENEN URTEILS

1. Im türkischen Recht:

Solange die im Art. 179 I THGB genannten Umstände nicht vorliegen, kann der Gesellschaftsgläubiger je nach der besonderen Natur seiner Forderung klageweise oder im Wege des Zahlungsbefehlsverfahrens (1) nur gegen die Gesellschaft als alleinige Schuldnerin der Firmaverbindlichkeiten vorgehen (Art. 177 und 179 I Satz 1 THGB).

Sind dagegen die im Art. 179 I THGB genannten Umstände eingetreten, so kommt es dann für die Art des Vorgehens gegen die einzelnen Gesellschafter darauf an, ob bereits gegen die Gesellschaft ein rechtskräftiges Urteil vorliegt oder nicht.

Soweit gegen die Gesellschaft kein rechtskräftiges Urteil vorliegt, bedarf es zur Geltendmachung der persönlichen Haftung des einzelnen Gesellschafters einer besonderen gegen ihn gerichteten Klage (2). Will der Gläubiger gleichzeitig auch die Gesellschaft als Hauptschuldnerin verklagen, so "müssen" dann die beiden Prozesse zusammengelegt werden (3). Obwohl der Gesellschafter bei dieser Klagenhäufung ein notwendiger Streitgenosse ist, besitzt er die Stellung einer selbständigen Partei und kann von den ihm persönlich zustehenden Verteidigungsmitteln Gebrauch machen (Art. 44 TZPO). Dadurch kann der Prozeß trotz seiner einheitlichen Führung für die Gesellschaft und den einzelnen Gesellschafter einen verschiedenen Ausgang haben.

Liegt dagegen bei der persönlichen Belangung des einzelnen Gesellschafters gegen die Gesellschaft bereits ein Urteil vor, so richtet sich die Rechtskraftwirkung dieses Urteils gegenüber den Gesellschaftern nach Art. 180 I THGB: "Ein nur gegen die Gesellschaft ergangener Vollstreckungstitel ist, solange die Vollstreckung gegen die Gesellschaft nicht fruchtlos geblieben ist oder die Gesellschaft aus irgendeinem Grunde nicht ihr Ende gefunden hat, gegen die Gesellschafter nicht vollstreckbar".

Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt sich bei positiver Formulierung, daß der Gesellschaftsgläubiger beim Vorliegen der primären Belangbarkeitsvoraussetzungen der Gesellschafter mit dem gegen die Gesellschaft ergangenen Vollstreckungstitel unmittelbar in das Privatvermögen der Gesellschafter vollstrecken kann, ohne eine besondere Klage gegen sie erheben zu müssen, um ihre individuelle Schuld, deren Bestand bei Erhebung der persönlichen Einreden fraglich werden könnte, feststellen zu lassen.

Das Protokoll des Rechtsausschusses (4) führt zur Rechtfertigung dieses Ergebnisses, dessen Unvereinbarkeit mit den allgemeinen Grundsätzen des türkischen Kollektivgesellschaftsrechts wie auch der TZPO und des TOG zu zeigen sein wird, folgendes aus:

"Nach der Regelung des gegenwärtigen THGB (= ATHGB) findet die Grundregel, daß ein ausschließlich gegen die Gesellschaft ergangener Vollstreckungstitel den Gesellschaftern gegenüber nicht vollstreckbar ist (5), eine ausnahmslose Anwendung. Das hat seitens der Gesellschaftsgläubiger die Notwendigkeit zur Folge, trotz des Vorliegens eines gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils im Falle der erfolglosen Betreibung oder Beendigung der Gesellschaft wegen derselben Schuld von neuem gegen die Gesellschafter Klage zu eröffnen oder gegen diese im Wege des Zahlungsbefehlsverfahrens vorzugehen. Das bedeutet für die Gesellschaftsgläubiger eine reine Belastung; denn es sind einmal während der Prozeßverhandlungen der Gesellschaft die erforderlichen Verteidigungen durchgeführt, und sodann lehrt die Praxis, daß die Gesellschafter in fast allen Fällen keine anderen Einreden haben, als diejenigen, welche die Gesellschaft bereits erhoben hat. Auf Grund dieser Erwägungen wird es eine zutreffende Maßnahme sein, im Falle des Vorliegens der persönlichen Belangbarkeitsvoraussetzungen der Gesellschafter auch gegen diese die Vollstreckbarkeit des vorher gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils zuzulassen".

Mit Recht weist Arslanlı (6) auf den durch obige Darlegungen des Rechtsausschusses verworfenen Sinn und Zweck der Bestimmung des § 129 IV des deutschen HGB hin, welcher dem Art. 176 ATHGB, bzw. dem Art. 180 des Entwurfes als Vorbild diente. Trotzdem die OHG des deutschen Rechts keine juristische Person ist, kann dort - mit Rücksicht auf die selbständige Parteifähigkeit der Gesellschaft, Absonderung ihres Vermögens vom Privatvermögen der Gesellschafter und Möglichkeit der Erhebung der persönlichen Einreden der Gesellschafter - durch einen gegen die Gesellschaft gerichteten Schuldtitel in das Privatvermögen der Gesellschafter nicht vollstreckt werden. Im türkischen Recht wird dies aber bezeichnenderweise zugelassen, obwohl die Kollektivgesellschaft hier vom Gesetz als eine von ihren Mitgliedern rechtlich völlig verschiedene juristische Person anerkannt wird.

Art. 237 TZPO setzt zur Geltendmachung der Rechtskraft die Identität der Parteien, des Klagegegenstandes und der klagebegründenden Tatsachen voraus. Von diesen drei Voraussetzungen liegt keine bei der persönlichen Belangung des Kollektivgesellschafters vor: In dem gegen die Firma geführten Prozeß sind nicht die Gesellschafter, sondern die Kollektivgesellschaft allein Prozeßpartei. Klagebegründende Tatsache ist für die Gesellschaft das Rechtsverhältnis, das zwischen ihr und ihrem Gläubiger besteht, während der einzelne Gesellschafter allein auf Grund der zwingenden Vorschrift des Gesetzes für die Gesellschaftsschulden in Anspruch genommen wird. Ebenso ist der Gegenstand der Leistungspflicht der Gesellschaft und des einzelnen Gesellschafters ein verschiedener, soweit es sich um die nicht in Geld bestehenden Ansprüche handelt. Es ist bereits durch eine Gegenüberstellung des in THGB festgelegten Subsidiaritätsprinzips mit den betreibungsrechtlichen Bestimmungen gezeigt worden (7), daß diese Ansprü-

che bis zum Eintritt des Zeitpunktes, in dem sie gegen den einzelnen Gesellschafter unmittelbar geltend gemacht werden können, inhaltlich in eine Geldleistung verwandelt werden. Gerade diese Tatsache zeigt deutlich, daß Art. 180 I THGB einem gegen die Gesellschaft ergangenen Urteil nicht ohne weiteres Vollstreckbarkeit gegen den einzelnen Gesellschafter gewähren kann.

Ferner kann jeder Solidarschuldner gemäß Art. 143 TOG dem Gläubiger bei seiner Belangung auch solche Einreden entgegenhalten, die aus seinen persönlichen Verhältnissen zum Gläubiger hervorgehen. Wenn nun ein gegen die Gesellschaft ergangenes Urteil unter den Voraussetzungen des Art. 179 I THGB gegen den ebenfalls solidarisch haftenden einzelnen Gesellschafter ohne weiteres vollstreckt werden könnte, wäre ihm die Geltendmachung derartiger Einreden unmöglich; denn er ist im Gesellschaftsprozeß nicht als Partei vertreten, und die Gesellschaft kann sich nicht auf solche Einreden berufen, die nicht ihr selbst zustehen (8). Eine solche Rechtslage zieht notwendig die Folge nach sich, daß dem belangten Gesellschafter trotz der Erhebung seiner persönlichen Einreden das rechtliche Gehör verweigert wird (9).

Die vorliegenden Erwägungen zeigen deutlich, daß einem gegen die Gesellschaft ergangenen rechtskräftigen Urteil keine Vollstrekkungswirksamkeit gegen den einzelnen Gesellschafter gewährt werden kann, ohne mit den übrigen Bestimmungen des geltenden Rechts in Widerspruch zu kommen.

Auf der anderen Seite jedoch kann ein gegen die Gesellschaft ergangenes rechtskräftiges Urteil für die Gesellschafter bei ihrer persönlichen Belangung nicht ohne jede Bedeutung sein. Durch ein solches Urteil wird der Gesellschaft gegenüber das Bestehen ihrer Schuld definitiv festgestellt. Damit wird gleichzeitig, da die Gesellschafter "für die Schulden der Gesellschaft" haften, auch ihre Rechtsstellung als subsidiäre Haftungssubjekte präjudiziert. Die Akzessorietät der Haftung der Gesellschafter zu der Schuldpflicht der Gesellschaft bringt es mit sich, daß die Gesellschafter bei ihrer persönlichen Belangung nunmehr ebensowenig wie die Gesellschaft, welcher durch ihre rechtskräftige Verurteilung sämtliche Einwendungen gegen den geltend gemachten Anspruch ein für alle mal abgeschnitten sind, dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber das Bestehen der Gesellschaftsschuld bestreiten können (10). Das gegen die Gesellschaft ergangene Urteil hat bei der Betreibung des Gesellschafters die Bedeutung eines Praejudizes und bildet einen definitiven Beweis für das Bestehen der Gesellschaftsschuld (11). Es ist, wie im schweizerischen Recht von der Doktrin und Gerichtspraxis angenommen wird (12), "wie eine von der Gesellschaft ausgegangene Schuldanerkennung", die dem Gläubiger das Recht gibt, nicht definitive, sondern nur provisorische Aufhebung der vom betriebenen Gesellschafter erhobenen Einwendungen (= Rechtsvorschlag) zu verlangen (= Rechtsöffnung), wobei dem Gesellschafter während dieses Provisoriums durch sofortige Glaubhaftmachung oder Erhebung der negativen Feststellungsklage (= Aberkennungsklage) die Möglichkeit zusteht, seine persönlichen Einreden jeder Art geltend zu machen (13). Im Unterschied zum schweizerischen Recht ist dieser Weg, der durch den Rechtsvorschlag die vorläufige Einstellung der Vollstreckung gewährleistet (14), nach der Revision des türkischen SchKG von 1940 auf Betreibungen solcher

Forderungen eingeschränkt worden, die nicht auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteile beruhen (Art. 68 SchKG). Bei Betreibungen der auf einem gerichtlichen vollstreckbaren Urteil beruhenden Forderungen dagegen, was nach Art. 180 I THGB vorausgesetzt wird, wird die Betreibung durch den Rechtsvorschlag des Schuldners nicht eingestellt, sondern sie wird, fortgesetzt, wenn der Schuldner, d. h. der Gesellschafter, nicht gemäß Art. 33 SchKG unwiderlegbar nachweist, daß die Schuld "getilgt, gestundet oder verjährt" ist (15).

Zur Zeit des ATHGB dagegen legte die ständige Gerichtspraxis (16) dem gegen die Gesellschaft ergangenen Urteil auf Grund des Art. 176 ATHGB, welcher dem genannten Urteil die unmittelbare Vollstreckbarkeit gegen den einzelnen Gesellschafter versagte, die Bedeutung "einer schriftlichen oder öffentlichen Urkunde" bei und stellt die Betreibung gegen den einzelnen Gesellschafter nicht unter Art. 33 SchKG, sondern ähnlich wie in der schweizerischen Gerichtspraxis unter Art. 68 SchKG, deren Regelung dem belangten Gesellschafter die Möglichkeit der Erhebung seiner persönlichen Einreden gewährleistete.

2. Im deutschen Recht:

Zufolge der begrifflichen Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens und seiner ausschließlichen Haftung für die Gesellschaftsschulden ist es der Wahl des Gesellschaftsgläubigers überlassen, ob er gegen die Gesellschafter, die Gesellschaft als solche oder gegen die beiden vorgeht. Dem Gesellschafter steht dabei keine Einrede der Vorausklage zu.

Will der Gesellschaftsgläubiger die Haftung der Gesellschaft mit ihrem Vermögen geltend machen, so muß er die OHG unter ihrer Firma verklagen. § 124 II HGB verlangt dazu ausdrücklich einen gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel. Anders als bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist "ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil" (§ 736 ZPO) noch nicht ausreichend (17).

Das Gegenstück, bzw. Ergänzung des § 124 II HGB liegt im § 129 IV HGB. Danach "findet aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht statt". Der Gesellschafter muß also persönlich verklagt und verurteilt werden (18). Aus Zweckmäßigkeitsgründen können der Prozeß gegen die Gesellschaft und derjenige gegen die Gesellschafter miteinander verbunden werden (19).

Hinsichtlich der Einwirkungen des Gesellschafts- und Gesellschafterprozesses aufeinander ergeben sich zwei besonders wichtige Fragen, nämlich die Rechtshängigkeits- und die Rechtskraftsfrage:

Nach der herrschenden Meinung begründet die Erhebung der Klage gegen die Gesellschaft für den einzelnen Gesellschafter nicht die Einrede der Rechtshängigkeit wie auch umgekehrt, da angesichts der Vorschriften der §§ 124 II u. 129 IV HGB Partei und Prozeßgegenstand in den Prozessen gegen die Gesellschaft und Gesellschafter verschieden sind (20).

In der Frage, wie weit sich die Rechtskraft eines gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils auf die Gesellschafter erstreckt, sind

die Meinungen im Schrifttum in begrifflicher Hinsicht ziemlich geteilt. Allgemeine Übereinstimmung herrscht jedoch über das Ergebnis, daß an die Rechtskraft eines solchen Urteils die einzelnen Gesellschafter ebenso gebunden sind wie die Gesellschafter selbst (21). Diese Gebundenheit der Gesellschafter gilt hinsichtlich der Feststellung oder Verneinung der Gesellschaftsschuld (22). Mit der rechtskräftigen Verurteilung der Gesellschaft werden wie der Gesellschaft selbst auch den Gesellschaftern weitere sachliche Einwendungen gegen das Bestehen der Gesellschaftsschuld verwehrt. Sie können bei ihrer Belangung nur noch die persönlichen Einreden erheben (23), nicht aber solche, die auf Grund der Rechtskraft des Urteils im Gesellschaftsprozeß auch nicht mehr von der Gesellschaft erhoben werden können (24).

In der Tat ergibt sich das alles, wie Hueck (25) und BGH (26) zutreffend hervorheben, aus der richtigen Auslegung des § 129 I HGB: "Wird ein Gesellschafter wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen, so kann er Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, nur insoweit geltend machen, als sie von der Gesellschaft erhoben werden können". Da die Gesellschaft selbst nach der rechtskräftigen Feststellung ihrer Schuld keine Einwendungen mehr gegen das Bestehen dieser Schuld erheben kann (27), so können sie auch von dem Gesellschafter nicht mehr erhoben werden (28). Umgekehrt kann der Gesellschafter ein die Klage gegen die Gesellschaft abweisendes Urteil wie die Gesellschaft selbst dem Gläubiger als Einrede der abgeurteilten Sache entgegenhalten (29).

Die Frage, ob ein gegen den einzelnen Gesellschafter ergangenes Urteil für oder gegen die Gesellschaft wirkt, wird im allgemeinen verneint (30).

3. Im schweizerischen Recht:

Wie im deutschen Recht findet die Abwicklung der gegen die Gesellschaft und den einzelnen Gesellschafter angehobenen Prozeßverfahren auch im schweizerischen Recht voneinander getrennt statt, da die Kollektivgesellschaft als solche Parteifähigkeit besitzt (Art. 562 SOR) (31). Bei persönlicher Verklagung kann der Gesellschafter nicht die Einrede der Rechtshängigkeit erheben, wenn derselbe Anspruch auch gegen die Gesellschaft prozessual geltend gemacht ist (32).

Auf Grund des Fehlens einer dem § 129 IV HGB entsprechenden Spezialbestimmung ist die Rechtslage hinsichtlich der Fragen, wie weit ein gegen die Gesellschaft ergangenes Urteil den Gesellschaftern gegenüber in Rechtskraft erwächst und ob man auf Grund dieses Urteils in das Privatvermögen der Gesellschafter unmittelbar vollstrecken kann, ziemlich unklar.

Rechtssprechung und Schrifttum stellen im allgemeinen auf die Regelung des HGB und die im deutschen Recht herrschende Lehre ab: Da die Gesellschafter Träger der Rechte und Pflichten der Gesellschaft sind, hat ein gegen die Gesellschaft ergangenes Urteil grundsätzlich auch gegenüber den Gesellschaftern Rechtskraft (33). Indem dieses Urteil über die Schuld der Gesellschaft endgültig entscheidet, präjudiziert es auch die Rechtsstellung der Gesellschafter (34). Nun-

mehr liegt eine abgeurteilte Sache vor ihnen. Sie können bei ihrer persönlichen Belangung dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber nur noch die persönlichen Einreden geltend machen (35). Um den Gesellschaftern einerseits diese Möglichkeit, welche ihnen gemäß Art. 145 SOR zusteht, zu gewährleisten und andererseits sie vor der Unterstellung unter Art. 81 SchKG (36) zu schützen (37), behandelt die Gerichtspraxis (38) das gegen die Gesellschaft ergangene Urteil wie eine von der Gesellschaft ausgegangene durch öffentliche Urkunde oder durch Unterschrift bekräftigte Schuldanerkennung i. S. des Art. 82 SchKG (39).

§ 3

EINREDEN DES BELANGTEN GESELLSCHAFTERS

Da die Verteidigung des belangten Gesellschafters in den Fällen, in denen der Gesellschaftsgläubiger auf Grund eines gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils vorging, mit der Rechtskraftsfrage zusammen behandelt wurde, beschränken sich folgende Ausführungen gegen die Gesellschaft nicht vorliegt.

1. Im türkischen und schweizerischen Recht:

Vor allem kann der Gesellschafter auf Grund des Art. 179 I THGB, bzw. 568 SOR dem Gläubiger entgegenhalten, zunächst die Gesellschaft zu verklagen (Einrede der Vorausklage). Soweit die vom Gesetz für den Wegfall dieser Einrede vorgesehenen Umstände bereits vorliegen, kann der belangte Gesellschafter dem Gläubiger hauptsächlich zwei Arten von Einreden entgegenhalten:

a. Er kann alle der Gesellschaft zustehenden Einreden erheben, d. h. diejenigen Einreden, die die Gesellschafter erhoben hätte, wenn sie selbst verklagt worden wäre (1). Dies ist zwar im THGB wie auch im SOR nicht ausdrücklich geregelt, aber ergibt sich aus der Tatsache, daß der Gesellschafter als akzessorisches Haftungssubjekt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur insoweit einzustehen hat, als diese der Gesellschaft gegenüber geltend gemacht werden können (2).

Der belangte Gesellschafter ist zur Erhebung der der Gesellschaft zustehenden Einreden nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Das folgt unmittelbar aus der Bestimmung des Art. 528 TOG über die allgemeine Sorgfaltspflicht der Gesellschafter, welche gemäß Art. 138 THGB auch auf die Kollektivgesellschaft anzuwenden ist (3). Unterläßt der belangte Gesellschafter die Geltendmachung der Einreden der Gesellschaft, obwohl er sie kannte oder kennen mußte, (4) so verliert er sein Regreßrecht sowohl gegen die Gesellschaft (5) als auch gegen die übrigen Gesellschafter (6).

Soweit zur Zeit der Belangung des Gesellschafters die Einreden der Gesellschaft erloschen sind, sei es durch die Schuldanerkennung der Gesellschaft oder ihren Verzicht auf die Geltendmachung der Einrede oder aber durch die Erledigung der Einreden während des gegen die Gesellschaft vorher geführten Prozesses, so kann sich der Gesellschafter auf sie nicht mehr berufen (7).

b. Neben den Einreden der Gesellschaft kann der belangte Gesellschafter ferner, wie jeder andere Schuldner, auch seine persönlichen Einreden, welche sich "aus seinen persönlichen Beziehungen zum Gläubiger" ergeben (Art. 143 TOG), geltend machen (8). Diese Einreden können in ihrer Art und Entstehungsursache sehr verschieden sein. Das türkische HGB erwähnt zwar wie das SOR nur die Verrechnungseinrede, aber, da sonst keine gesetzlichen Beschränkungen bestehen (9), kann der belangte Gesellschafter nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen alle ihm persönlich zustehenden Einreden geltend machen (10), wie z. B. Erlaß, Stundung, Haftungsbeschränkung durch besondere Abmachung mit dem Gläubiger (11), durch Zwangsvergleich im Privatkonkurs u. dgl. m.

Nach Art. 184 THGB, welcher zum Zwecke der Verdeutlichung der entsprechenden Bestimmung des Art. 180 ATHGB aus dem Art. 573 SOR übernommen wurde (12), "kann der Schuldner der Gesellschaft eine Forderung, die ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zusteht, gegen die Forderung der Gesellschaft nicht zur Verrechnung bringen (Abs. I). Ebensowenig kann ein Gesellschafter gegenüber seinem Gläubiger eine Forderung der Gesellschaft verrechnen (Abs. II). Ist dagegen ein Gesellschaftsgläubiger gleichzeitig Privatschuldner eines Gesellschafters, so wird die Verrechnung sowohl zugunsten des Gläubigers als auch des Gesellschafters zugelassen, sobald der Gesellschafter für eine Gesellschaftsschuld persönlich belangt werden kann" (Abs. III).

Die Erklärung des Rechtsgrundes der vorliegenden Regelung bietet keine Schwierigkeiten. Die Unmöglichkeit der Verrechnung im Abs. I und II ergibt sich daraus, daß hier die im Art. 118 TOG für die Verrechnung vorausgesetzte Gegenseitigkeit der gleichzeitigen Gläubiger- und Schuldnereigenschaften fehlt, da die Kollektivgesellschaft im türkischen Recht als juristische Person mit ihren Mitgliedern nicht zu identifizieren ist (13). Dagegen ist die Verrechnung im Abs. III zulässig, da der forderungsberechtigte Gesellschafter mit dem Eintritt seiner persönlichen Belangbarkeit nunmehr dem Gesellschaftsgläubiger als Schuldner gegenübersteht (14) und damit die erforderliche Gegenseitigkeit gegeben ist.

Das Gesetz erklärt die Verrechnung vom Zeitpunkt an als zulässig, in dem der forderungsberechtigte Gesellschafter persönlich belangt werden kann. Auf Grund dieser Ausdrucksweise wird im Schrifttum die Frage aufgeworfen, ob das Gesetz hier auf die persönliche Belangung oder Belangbarkeit des verrechnungsberechtigten Gesellschafters abstellt, m. a. W. ob die Verrechnung auch dann zugelassen werden soll, wenn der forderungsberechtigte Gesellschafter, ohne persönlich belangt zu werden, dem Gesellschaftsgläubiger, der sich an die Gesellschaft oder an einen anderen Gesellschafter hält, Verrechnung erklärt. Siegwart (15) und Arslanlı (16) verneinen diese Frage mit der Begründung, niemand - also auch nicht der forderungsberechtigte Gesellschafter - könne den Gläubiger um den Vorteil bringen, gegen den Schuldner vorzugehen, von dem er keine persönlichen Einreden zu erwarten habe. M. E. dürfte dieser Frage hier, die man eher vom Wesen der Einrede als eines passiven Verteidigungsmittels ausgehend verneinen könnte, keine praktische Bedeutung zukommen. Da die Auf-

rechnung ein Erfüllungssurrogat ist, ist nicht einzusehen, warum der Gläubiger die Erfüllung, um die er sich ja bemüht, ablehnen sollte. Ferner kann auch von einem Schutzwürdigen Vorteil des Gläubigers nicht gesprochen werden, da er auf Grund der gegenseitigen Fälligkeit der Forderungen ebenso zur Zurückzahlung verpflichtet ist wie die von ihm belangten Mitgesellschafter zur Zahlung.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang hervorzuheben, daß der belangte Gesellschafter im Gegensatz zu den Einreden der Gesellschaft durch die Nichtgeltendmachung seiner persönlichen Einreden den Mitgesellschaftern gegenüber nicht haftbar wird. Art. 143 TOG stellt nur die Nichtgeltendmachung der allen Mitverpflichteten gemeinsam zustehenden Einreden unter die Sanktion des Schadenersatzanspruches (17).

2. Im deutschen Recht:

Hinsichtlich der Einwendungen der Gesellschaft stellt § 129 I HGB den Grundsatz auf, daß der Gesellschafter bei seiner Inanspruchnahme diese Einwendungen erheben kann, wenn die Gesellschaft hierzu berechtigt ist (18). Dieser Grundsatz findet jedoch keine absolute Anwendung. Der belangte Gesellschafter kann nicht solche Einwendungen geltend machen, die nur der Gesellschaft zustehen und allein von ihr erhoben werden können, wie z. B. Erlaß, Stundung mit Vorbehalt der Inanspruchnahme der Gesellschafter, Gerichtsstandseinrede der Gesellschaft oder Rechtshängigkeitseinrede wegen eines Prozesses der OHG (19). Ebenso kann der Gesellschafter, soweit er nicht zur Vertretung der OHG berechtigt ist, die Gestaltungsrechte der Gesellschaft nicht ausüben, wie z. B. Aufrechnung, Anfechtung, Wandlung, Rücktritt aus dem bestehenden Vertragsverhältnis (20). Um den belangten Gesellschafter vor einer Verurteilung zu schützen, gewährt das Gesetz ihm in solchen Fällen (21) ein Leistungsverweigerungsrecht für die Zeit des Schwebezustandes, in der die Gesellschaft durch Geltendmachung ihres Gestaltungsrechtes die fragliche Schuld rückwirkend beseitigen kann (22).

Gemäß § 129 II u. III HGB kann der belangte Gesellschafter die Befriedigung des Gläubigers verweigern, "solange der Gesellschaft das Recht zusteht, das ihrer Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten" oder "der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen kann". Aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen, die im Grunde genommen eine Fortsetzung des im § 129 I HGB festgelegten Rechtsgedankens darstellen, ergibt sich, daß auch der Gesellschafter zwar wie die Gesellschaft deren Anfechtungs- und Aufrechnungrecht vorbringen kann, daß er aber dies seinerseits nicht in Form einer vernichtenden, bzw. klageabweisenden Einwendung, sondern in Form einer verzögernden tun kann. (23).

Nach herrschender Lehre kommt im Falle des § 129 II HGB nur die Anfechtung wegen Willensmängel (§§ 119, 120, 123 BGB), nicht dagegen die Anfechtung nach der KO oder dem Anfechtungsgesetz in Betracht; denn die letztere geht vom Gläubiger aus und richtet sich gegen Handlungen des Schuldners, während hier nur ein Anfechtungsrecht der

OHG als Schuldnerin in Frage steht (24).

Schließlich nimmt man im Schrifttum im Falle des § 129 III HGB, obwohl hier nur von einer Aufrechnung "des Gläubigers" gesprochen wird, an, daß dabei sinngemäß vorausgesetzt sei, daß auch die Gesellschaft aufrechnen kann (25).

ANMERKUNGEN

I. TEIL § 1

1) Vgl. Hirsch, Leitfaden. § 35 I; Wieland I S. 389 ff.

2) Dieser Ausdruck der türkischen und schweizerischen Terminologie entspricht der OHG des deutschen Rechts.

3) Bis zum 11. 11. 1959 sind in Istanbul, das man als Zentrum der türkischen Wirtschaft bezeichnen darf, ins Handelsregister 4224 Kollektivgesellschaften, 481 Kommanditgesellschaften, 553 Aktiengesellschaften, 341 Genossenschaften und 1252 Gesellschaften mit beschränkter Haftung eingetragen worden. Zit. nach Arslanli, S. 86 Anm. 1.

4) Siehe darüber die ausführliche Darstellung von Hirsch, in ZHR 69, 157 ff., "Das neue Türkische HGB, Geschichte, Ursachen und Ergebnisse einer Gesetzesreform".

5) Art. 121 ATHGB: "Handelsgesellschaften sind die Koll.-G., KG, GmbH, AG und Gen."

6) Vgl. Hirsch, ZHR 69, 185/186; Arslanlı, a.a.O., 1. Aufl. S. 72

7) a.a.O., 1. Aufl. S. 72.

8) Bilgişin, Ticaret Hukuku Prensipleri. 2. Bd.: Şirketler Hukuku (Die Prinzipien des Handelsrechts. 2. Bd.: Gesellschaftsrecht). Istanbul 1950, S. 90, 95; Onsun, Ticaret Şirketleri (Die Handelsgesellschaften). Ankara 1949, S. 20.

9) Hirsch, Ticaret Hukuku, S. 219 N. 229; Arslanlı, a.a.O., 1. Aufl. S. 76; Arar, Kara Ticareti, Şirketler Hukuku (Landhandelsrecht, Handelsgesellschaften). Ankara 1952, S. 19.

10) Arslanlı, a.a.O., 1. Aufl., S. 74 ff. und S. 85.

11) Vgl. Hirsch, ZHR 69, 186; ders., Das Türkische Aktienrecht. Frankfurt-Berlin 1958, Art. 137 Anm. 3.

12) Vgl. Die amtliche Begründung für den Entwurf zum neuen THGB, in Amtsblatt N. 198 S. 28; Hirsch, ZHR 69, 185/186.

13) 2. Aufl., S. 81 ff.

14) Vgl. S. 121 Anmerkung 3 dieser Arbeit.

15) Dieses Argument erwähnt auch Arslanlı, a.a.O., S. 82.

16) Die allgemeinen Bestimmungen des TZGB über die juristischen Personen.

17) Die Bestimmungen des TOG über die "einfache Gesellschaft", welche im deutschen Recht der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts entspricht.

18) ders. A. für das ATHGB Bilgişin, a.a.O., S. 95.

19) Vgl. Bilgişin, a.a.O., S. 95; Siehe Näheres über die Entstehung der Rechtspersönlichkeit und der Haftung der Gesellschaft sowie ihrer Mitglieder, S. 35 ff. dieser Arbeit.

20) Affolter, ArchBürgR. 5, 1 ff.; Eccius, ZHR. 32, 1 ff.; Kohler, ArchBürgR. 40, 229 ff.; ders. in ZHR 74, 456 ff.

21) Gareis, Das Deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. 1909, S. 129; ders. Komm. z. HGB, Handausgabe. 12. Aufl. 1920, § 124 Anm. 1; vgl. auch Staub-Pinner, Komm. z. HGB. 1. Bd. 12/13. Aufl. 1926, § 105 Anm. 8: Man kann sie mit Gareis eine relative juristische Person nennen.

22) Thöl, Das Handelsrecht. 6. Aufl. Leipzig 1879, S. 310; vgl. auch Kritik von O. v. Gierke in ArchBürgR. 19, 116.

23) Vgl. Thomas, Die Rechtsstellung der Gesellschaftsgläubiger bei den Personalgesellschaften. Diss. Heidelberg 1939, S. 54: "denn einmal das Eigentum als selbständigen Vermögenskomplex, verbunden mit den Rechten einer juristischen Persönlichkeit, anzusehen und ein anderes Mal als Eigentum der Gesellschafter zu betrachten, ist nicht angängig"; ebenso, Haberland, Rechts- und Wirtschaftsprobleme der OHG. Berlin 1921, S. 6.

24) So die herrschende Lehre: Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB 2. Bd. 2. Hälfte 3. Aufl. 1932, § 105 Anm. 13, § 124 Anm. 1; Hueck, Das Recht der OHG. 2. Aufl. Berlin 1951, S. 20; Lehmann, Gesellschaftsrecht. 2. Aufl. Berlin-Frankfurt 1959, § 17 II; J. v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 8. Aufl. Berlin 1958, § 31 II; O. v. Gierke, ArchBürgR. 5, 116, Genossenschaftstheorie. Berlin 1887, S. 342 ff.; Ritter, Komm. z. HGB 2. Aufl. 1932, § 105 Anm. 7; Schlegelberger-Geßler, Komm. z. HGB, 1955, § 105 Anm. 28; Staub-Pinner, § 105 Anm. 8; Weipert, RGR-Komm. z. HGB, 2. Bd. 2. Aufl. 1950, § 105 Anm. 7, § 124 Anm. 5; Thomas, a.a.O., S. 54 etc.; RGZ 79, 146; 102, 32; 105, 288; 118, 298; 136, 402; 165, 203.

25) ArchBürgR. 5, 116.

26) Vgl. Hirsch, Leitfaden, § 35 III; Schreiber, KGaA, S. 15 ff.; Wieland I, S. 401, 433 Anm. 89; Luckat, Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters der OHG. Diss. Königsberg 1927, S. 29 u. 30.

27) Dadurch kommt Wieland, S. 425, bei der einheitlichen Behandlung sämtlicher Handelsgesellschaften zu seiner sog. Mischtheorie: "Die Handelsgesellschaften sind Gesellschaften, insofern sie sich auf Vertrag gründen, Gemeinschaften zur gesamten Hand, insofern ihr Vermögen gemeinsames Vermögen ihrer Mitglieder ist, und schließlich juristische Personen, insofern sie nach außen nach gewissen Richtungen hin nach Art selbständiger Rechtsträger rechtlich behandelt werden".

I. TEIL § 1

28) a.a.O., § 105 Anm. 7.

29) Vgl. Weipert, § 124 Anm. 2, § 105 Anm. 8

30) Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 124 Anm. 6; O. v. Gierke, ArchBürgR. 19, 121 ff.

31) RGZ 118, 298; 136, 270, 402.

32) Vgl. Baumbach-Duden, Das Handelsgesetzbuch (Kommentar). 13. Aufl. 1959, Vorbem. 1 zu § 105 u. § 124 Anm. 1 A; vgl. ferner, Günzel, Die Haftung der Gesellschafter der OHG, Diss. Würzburg 1938, S. 10 ff., 35, über die begriffliche Unterscheidung des Rechtssubjektes und der juristischen Person.

33) Vgl. BGE 39 I 298, 42 III 39, 45 II 302, 46 II 471, 51 I 432, 71 II 40; ZBJV 39, 291; Hartmann, Komm. z. OR. 7. Bd. 1. Abt.: Die Koll.- u. KG., Bern 1943 Art. 552 N. 3; Siegwart, Komm. z. OR, 5. Bd. 4. Teil: Die Personengesellschaften. 2. Aufl. 1938, Art. 533 N. 1.

34) BlZüR. 12, N. 35; ZBJV 39, 291.

35) Art. 568 III Satz 1 SOR; Siegwart, Art. 552/553 N. 3.

36) Vgl. Flachsmann, Die Auswirkung von Vorgängen bei der Gesellschaft auf die Vermögensverschiebung und deren grundbuchliche Behandlung. Diss. Zürich 1929, S. 102.

37) Vgl. Hartmann, Art. 552 N. 3 u. Art. 573 N. 1.

38) Vgl. dazu die ausführliche Übersicht: Siegwart, "Die Stellungnahme der schweizerischen Gerichte zum Problem der juristischen Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft und ihre Rückwirkung auf den Inhalt der Entscheide". Festgabe zum 70. Geburtstag von Karl Wieland.

39) Vgl. Hartmann, Art. 552 N. 3; Siegwart, Art. 562 N. 1; vgl. auch Egger, Komm. z. schw. ZGB. Bd. 1: Einleitung und das Personenrecht, 2. Aufl. Zürich 1930, Art. 52 N. 4: Die juristische Persönlichkeit ist keine absolute Größe. Die Rechtsordnung kann sie nur teilweise zuerkennen, wie z. B. die Kollektiv- und KG nur im Außenverhältnis verselbständigt werden....

I. TEIL § 2

1) Art. 140 THGB: Jeder Gesellschafter ist der Gesellschaft gegenüber Schuldner des von ihm versprochenen Beitrags; ebenfalls Art. 127 ATHGB

2) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 177 2a; Hirsch, Ticaret Hukuku, S. 226 N. 237.

3) 1. Geld, Forderungen, Wertpapiere und bewegliche Sachen, 2. gewerbliche Schutzrechte wie Konzessionen, Erfindungspa-

tente und Warenzeichen, 3. Immobilien jeder Art, 4. Nutznießungs- und Gebrauchsrecht an beweglichen und unbeweglichen Sachen, 5. persönliche Arbeitskraft, 6. der kaufmännische Kredit, 7. kaufmännische Unternehmen, 8. Urheberrechte, Schürfrechte und andere Rechte von wirtschaftlichem Wert.

4) Diese Bestimmung fehlte dem entsprechenden Art. 125 ATHGB.

5) Vgl. Bilgişin, a.a.O., S. 58; Erem, Ticaret Hukuku Prensipleri. 2. Bd.: Ticaret Şirketleri, (Die Prinzipien des Handelsrechts. 2. Bd.: Die Handelsgesellschaften). Istanbul 1960, S. 57; Hirsch, Ticaret Hukuku, S. 226 N. 237; Arslanlı, a.a.O., S. 177: Die Beiträge im weiteren Sinne können in jeder Leistung bestehen, die sich eignet, den Gesellschaftszweck zu fördern;

6) Ebenfalls im Art. 147 Ziff. 8 ATHGB.

7) Im ATHGB ist eine diesem Artikel entsprechende Bestimmung nicht vorhanden.

8) Arslanlı, a.a.O., S. 177; Bilgişin, a.a.O., S. 57; Erem, a.a.O., S. 57.

9) Derselben Meinung, Arslanlı, a.a.O., S. 176; auch im schweizerischen und deutschen Recht nimmt die herrschende Lehre an, daß für den Gesellschaftsbegriff das Vorhandensein eines der Gesellschaft zustehenden Vermögens nicht wesentlich ist; vgl. Becker, Komm. z. OR., Allgemeine Bestimmungen. 2. Aufl. Bern 1941, Art. 531 Nr. 7; Hartmann, Art. 557 N. 8, Art. 562 N. 21; Siegwart, Art. 530 N. 20; Wieland I, S. 601; RGZ 77, 226; 80, 268; Hueck, a.a.O., S. 137; Baumbach-Duden, § 124 Anm. 1 D; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 30; Weipert § 105 Anm. 32 etc.

10) Ebenso Art. 155 ATHGB.

11) des gleichen Inhalts Art. 132 ATHGB.

12) Arslanlı, a.a.O., S. 176.

13) Vgl. Wieland I, S. 494/495; Hueck, a.a.O., S. 137.

14) Art. 145 THGB: "Solange die Gesellschaft besteht, können die Privatgläubiger eines Gesellschafters ihre Ansprüche nur aus dem Gewinnanteil, welcher nach der Gesellschaftsbilanz dem betreffenden Gesellschafter zukommt, und wenn die Gesellschaft aufgelöst ist, aus seinem Liquidationsanteil befriedigen. Ist die Bilanz noch nicht aufgestellt, so kann der Gläubiger auf den nach dem Bilanzergebnis seinem Schuldner zukommenden Gewinn- und Liquidationsanteil Arrest ausbringen lassen". Ebenfalls Art. 138 I ATHGB.

15) Vgl. auch Erem, a.a.O., S. 65.

16) Siehe jedoch Näheres darüber in S. 93 ff., 111 ff. dieser Arbeit.

17) § 105 II HGB i. V. m. § 718/19 BGB; Art. 557 SOR i. V. m. Art. 544 SOR u. 652 SZGB.

18) Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 7/8. Aufl. Jena 1924, S. 365 ff.; Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit. Leipzig 1908, S. 80; Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften. ZHR 31, 40 ff.

19) Sohm, Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Leipzig 1905, S. 60 ff.; Oertmann, Komm. z. BGB. 2. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. 1928, S. 854.

20) Sohm, a.a.O., S. 60, 71.

21) O. v. Gierke, GenTh., S. 339 ff., Vereine, S. 29, DPR I. Leipzig 1905, S. 674 ff., ArchBürR 19, 117; Geiler bei Düringer-Hachenburg, Allgemeine Einleitung zum zweiten Buch. Das Gesellschaftsrecht des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 1 Hälfte Anm. 25; Würdinger, Gesellschaften, 1. Teil: Das Recht der Personalgesellschaften. Hamburg 1937, S. 57; Weipert, § 105 Anm. 33; Hueck, a.a.O., S. 138 ff.; Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen. München 1911, S. 31, 50 u. a.

22) O. v. Gierke, GenTh., S. 353.

23) O. v. Gierke, ArchBürgR. 19, 123.

24) O. v. Gierke, ArchBürgR. 19, 118, 124; GenTh. S. 340, 342, 346, 450 ff., 495 ff; DPR I, S. 664, 674 ff., 687;

25) Wieland, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. 4. Bd.: Sachenrecht, 1909, Art. 652 Anm. 4.

26) Vgl. O. v. Gierke, GenTh. S. 344; Geiler bei Düringer-Hachenburg, Anm. 21 ff.; Hueck, a.a.O., S. 138; Leemann, Komm. z. SZGB. 4. Bd. 1. Abt.: Sachenrecht. Bern 1920, Art. 652 Nr. 1; Wieland I, S. 602.

27) Mit Wirkung von § 725 BGB, im schw. Recht, Art. 544 II SOR.

28) Vgl. § 2033 BGB.

29) Ebenso im deutschen Recht wird der Anteil am Gesellschaftsvermögen als Ausfluß der Mitgliedschaft, d. h. als Mitgliedschaft in ihrer Bezogenheit auf das Gesellschaftsvermögen betrachtet. Vgl. Geiler bei Düringer-Hachenburg, Anm. 25; Lehmann, a.a. O., § 13 IV 1; Hueck, a.a.O., S. 139; Schlegelberger - Geßler § 105 Anm. 3b; Wieland I, S. 611/612.

30) Leemann, Art. 652 N. 7.

31) Vgl. Wieland I, S. 600, 610; Weipert, § 105 Anm. 42.

32) § 719 II BGB, Art. 573 SOR.

33) Wieland I, S. 600.

34) § 209 KO, Art. 570, 571 SOR.

I. TEIL § 2

35) Dubi, Die Gemeinschaften zur gesamten Hand im deutschen und schweizerischen Recht, ihre Forderungs- und Haftungsverhältnisse, Bern 1910, S. 99.

I. TEIL § 3

1) Vgl. Akıntürk, Die Kollektivgesellschaft im neuen türkischen Handelsrecht, Diss. Würzburg 1958, S. 91; Hueck, a.a.O., S. 195.

2) Art. 177 I THGB: "Die Gesellschaft wird durch die Geschäfte, welche von den vertretungsbefugten Personen im Namen der Gesellschaft ausdrücklich oder stillschweigend eingegangen sind, berechtigt und verpflichtet".

3) Vgl. im deutschen Recht § 125 HGB und im schweizerischen Recht Art. 563 SOR.

4) Die gleiche Regelung in Art. 171, 156 ATHGB.

5) Vgl. Arslanlı, a.a.O., 318; Erem, a.a.O., S. 89; Hirsch, Ticaret Hukuku, S. 230/231 N. 241.

6) Hueck, a.a.O., S. 71; Arslanlı, a.a.O., S. 244: Beim Handeln im Namen der Gesellschaft stellt die Bestimmung der Vornahme einer Rechtshandlung die Geschäftsführung und die Ausführung derselben die Vertretung dar.

7) Vgl. Akıntürk, a.a.O., S. 84; Arslanlı, a.a.O., S. 318 Anm. 14; Erem, a.a.O., S. 89; Hirsch, Ticaret Hukuku, S. 230 N. 241.

8) Dies ergibt sich auch aus Art. 155 Ziff. 6 (Wortlaut in S. 131) und 156 THGB: Es muß u. a. auch die Namen der vertretungsberechtigten Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag angegeben werden. Andernfalls gilt die Gesellschaft als eine einfache Gesellschaft i. S. des TOG. Vgl. auch die Entscheidungen des türkischen Kassationshofes 2235/2274 - 20. 4. 1959 u. 4376/4353 - 16. 1. 1958: "Im Gesellschaftsvertrag ist vereinbart, daß die Gesellschaft durch zwei Unterschriften verpflichtet werden kann. Dagegen enthält der Schuldschein nur eine Unterschrift. Da die Gesellschaft durch diesen Schuldschein nicht verpflichtet werden kann, kommt auch eine Haftung des Gesellschafters nicht in Betracht" (Zit. bei Köymen-Olgaç, Kazai ve ilmi içtihatlarla Türk Icra Iflas Kanunu ve ilgili mevzuat = Das Türkische Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit Erläuterungen von Rechtssprechung und Rechtslehre sowie die zusammenhängende Gesetzgebung. Istanbul 1960, S. 529 N. 1305, 1306.

9) So auch Arslanlı, a.a.O., S. 317; Akıntürk, a.a.O., S. 85; ebenso der Kassationshof 2859/623 - 17. 3. 1936, zit. bei Hirsch, Notlu Ticaret Kanunu (Das Erläuterte Handelsgesetzbuch) 1. Bd. Ankara 1946, Art. 171 Anm. I.

10) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 318.

11) So die sog. Ultra-Vires-Theorie, vgl. darüber Näheres, Arslanlı, Ingiliz Şirketlerinde Ultra Vires Nazariyesi, Adliye Ceridesi, Sene: 33, Sayı: 4, 1942 (Die Ultra-Vires-Theorie bei den englischen Gesellschaften, in Justizzeitschrift, Jahrgang 33, Heft 4, 1942); Akıntürk, a.a.O., S. 87 ff.

12) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 324 ff.; vgl. auch Art. 450 TOG über den Umfang der Vertretungsbefugnis des Handelsvertreters.

13) Art. 155 I Ziff. 4 u. II THGB.

14) Art. 157 THGB mit Sanktionen von Art. 156 u. 158 THGB (Wortlaut vom letzteren unten S. 39).

15) Art. 39 I THGB.

16) Art. 61 TOG.

17) Art. 177 II THGB: "Auch die Gesellschaft haftet unmittelbar für die unerlaubten Handlungen eines Gesellschafters, die er in Ausübung seiner sich auf die Gesellschaft beziehenden geschäftlichen Verrichtungen begeht"; vgl. auch Art. 41, 55, 100 TOG, Art. 48 TZGB.

18) Ebenso Arslanlı, a.a.O., S. 342 Anm. 1.

19) Diese Bestimmung sieht Geld- und Gefängnisstrafen vor.

20) Hirsch, Ticaret Hukuku, S. 209 N. 222 I; Bilgişin, a.a.O., S. 78 N. 88.

21) Siehe S. 21 Anm. 14 dieser Arbeit.

22) Im Gegensatz zu den Bestimmungen über die einfache Gesellschaft, die von den "gemeinschaftlichen Schulden der Gesellschafter" sprechen (§§ 734, 735, 738 BGB; Art. 549 SOR), ist in den Bestimmungen über die Kollektivgesellschaft wiederholt von den "Verbindlichkeiten der Gesellschaft" oder "Gläubigern der Gesellschaft" die Rede (§§ 105, 124, 128, 129, 130, 149, 155, 159 HGB; Art. 552, 562, 568, 569, 570, 571, 573, 591 SOR.

23) So die herrschende Ansicht: Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 128 Anm. 1, 5; O. v. Gierke, ArchBürgR. 19, 127; Jäger, Die OHG im Zivilprozesse. Festgabe f. Sohm. 1915, S. 61; Lehmann, a.a.O., § 20 III, in ZHR 79, 73; Schlegelberger-Geßler, § 128 Anm. 2; Staub-Pinner, § 128 Anm. 1; Weipert, § 105 Anm. 36, § 128 Anm. 1; Würdinger, a.a.O., S. 125; RGZ 139, 252; RG in JW 1916, 1409 u. 1928, 2612; BGHZ 5, 37; Furrer, a.a.O., S. 16; Hartmann, Art. 562 N. 2, Art. 568 N. 5; BlZüR. 32, N. 39; BGE 39 I 298, 42 III 39, 46 II 471; vgl. auch BGE 43 III 178, welche von der "rechtlich getrennten Existenz" der Gesellschaft unter der Firma spricht; ferner abweichend von der h.L., Wieland I, S. 629 ff. u. Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht. 2. Aufl. Tübingen 1927, S. 199.

24) Siehe S. 28 ff. dieser Arbeit.

25) Vgl. §§ 124 II, 129 IV HGB, 719 II BGB, 209, 211 KO; Art. 562, 568, 570, 572, 573 SOR.

26) § 125 I u. IV HGB, Art. 563 SOR.

27) So Hartmann, Art. 564 N. 7; Siegwart, Art. 564 N. 2; ZBJV 30, 303; BlZüR. 2, 264; 4, 353; BGE 31 II 100 u. 637.

28) BGE 39 II 297.

29) So die herrschende Lehre im deutschen Recht: Baumbach-Duden, § 126 Anm. 1 A; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 126 Anm. 2; Hueck, a.a.O., S. 183; Ritter, § 126 Anm. 2; Schlegelberger-Geßler, § 126 Anm. 13; Weipert, § 126 Anm. 2; Wieland I, S. 591; RGZ 26, 18; 125, 380: der vertretungsberechtigte Gesellschafter kann auch namens der Gesellschaft Schenkungen vornehmen; abw. J. v. Gierke, a.a.O., S. 208, der im Anschluß an die Ultra-Vires-Theorie die Vertretungsmacht auf die der Art des Handelsgewerbes entsprechenden Geschäfte beschränkt; vgl. auch BGH in BB 52, 211; ähnlich, Lehmann, a.a.O., S. 121: wo der Verkehr überhaupt nicht damit rechnen kann, daß der Betrieb irgendeines Handelsgewerbes das vorgenommene Geschäft mit sich bringt, entfällt jenes Schutzbedürfnis.

30) Vgl. Baumbach-Duden, § 126 Anm. 1D; Hueck, a.a.O., S. 185; Lehmann, a.a.O., S. 120, 321; Schlegelberger-Geßler § 126 Anm. 7; Weipert, § 126 Anm. 7; Wieland I, S. 589 ff.; RGZ 52, 161; 91, 412; 128, 176; 162, 374; RG in JW 1921, 1239; BGH in LM 8. 2. 1952 § 126 N. 1; vgl. auch RGZ 153, 371, wonach die Vertretungsmacht die Aufnahme eines stillen Teilhabers deckt.

31) Vgl. Art. 176 I Satz 2 THGB und Art. 564 II SOR.

32) Vgl. § 126 II HGB.

33) Dies wird allerdings auch im schweizerischen Recht angenommen. Vgl. Hartmann, Art. 564 N, 13.

34) Vgl. RGZ 57, 391; Schlegelberger-Geßler, § 126 Anm. 22; Wieland I, S. 593.

35) Vgl. RGZ 58, 356; 71, 219; 145, 314; 153, 374; 159, 367; Hueck, a.a.O., S. 185/186; Wieland I, S. 593.

36) BGE 22, 596/597; Hartmann, Art. 564 N. 13; Siegwart, Art. 564 N. 10

37) Vgl. RGStr. in JW 1913, 1625 u. in DJZ 1907, 1148; Baumbach-Duden, § 124 Anm. 3 B; Hueck, a.a.O., S. 173; Schlegelberger-Geßler, § 124 Anm. 7; Hartmann, Art. 567 N. 11; Wieland I, S. 424 Anm. 70.

38) Vgl. BGE 41 II 212 ff., 538; Egger, Art. 54/55 N. 18 ff.; Hafter, Art. 55 N. 6; Siegwart, Art. 567 N. 7.

I. TEIL § 3

39) Siegwart, Art. 567 N. 7; vgl. ferner, Hartmann, Art. 567 N. 7; über die juristische Personen, Egger, Art. 55 N. 19; BGE 48 II 9.

40) So RG bei Gruchot 51, 1023; ebenfalls, J. v. Gierke, a.a.O., S. 209; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 126 Anm. 16; Staub-Pinner, § 126 Anm. 4; Thomas, a.a.O., S. 60.

41) Vgl. Hueck, a.a.O., S. 21.

42) So die herrschende Lehre: Baumbach-Duden, § 126 Anm. 3B; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 126 Anm. 16; Hueck, a.a.O., S. 172; J. v. Gierke, a.a.O., S. 209; Ritter, § 126 Anm. 2a; Schlegelberger-Geßler, § 126 Anm. 25; Staub-Pinner, § 126 Anm. 4; Wieland I, S. 586 Anm. 9; Würdinger, a.a.O., S. 124; Thomas, a.a.O., S. 60; abw. RGZ 74, 257: § 31 BGB hat nur den Vertreter im technischen Sinne im Auge.

43) Vgl. Hueck, a.a.O., S. 172; Ritter, § 126 Anm. 2a; Schlegelberger-Geßler, § 126 Anm. 27; Thomas, a.a.O., S. 60; Weipert, § 126 Anm. 28; RG in JW 32, 722.

II. TEIL § 1

1) So Art. 154 THGB. In der entsprechenden Bestimmung des Art. 146 ATHGB bestand jedoch keine notarielle Unterschriftsbeglaubigungspflicht. Im Art. 154 des Regierungsentwurfes zum neuen THGB war anstatt der bisherigen Schriftform des ATHGB öffentliche Beurkundung vorgesehen; der Rechtsausschuß des Parlaments lehnte jedoch diese Regelung ab und beschloß die Schriftform mit Unterschriftsbeglaubigung mit der Begründung, daß die Regelung des Entwurfes für die Gesellschafter sehr umständlich sei, und daß ferner der erwünschte Beurkundungszweck durch die Beglaubigung der Unterschriften ohnehin genügend erreicht werden könne. Vgl. Protokoll des Rechtsausschusses. S. 371 Art. 154; vgl. auch Hirsch, Das türkische Aktienrecht., II 7, S. 9 oben.

2) Vgl. Arar, a.a.O., S. 20; Arslanlı, a.a.O., 1. Aufl. S. 84.

3) Art. 288 TZPO: "Sämtliche Verfügungen, die zum Zwecke der Begründung, Änderung oder Neuerung eines Rechtes stattfinden, müssen mit schriftlichem Beweisstück nachgewiesen werden, wenn ihre Höhe oder ihr Wert zur Zeit der Entstehung 5000 Piaster überschritt".

4) Art. 11 II TOG: "Ist über die Bedeutung und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht anderes bestimmt, so hängt von deren Beobachtung die Gültigkeit des Vertrages ab".

5) Vgl. Arslanlı, a.a.O., 1. Aufl. S. 81/82; Bilgişin, a.a.O., S. 92 N. 103.

6) Vgl. Hirsch, Ticaret Hukuku, S. 201 N. 214, S. 220/221, N. 230.

7) Hirsch, Notlu Ticaret Kanunu, Art. 151 Anm. c.

8) Art. 170 ATHGB: "Die Kollektivgesellschaft tritt den Dritten gegegenüber mit der Eintragung in das Handelsregister und ihrer Bekanntmachung in Wirksamkeit". In diesem Fall müßte aber der Gesellschaftsvertrag schriftlich abgeschlossen sein, da nach Art. 148 ATHGB ein nicht schriftlich abgeschlossener Gesellschaftsvertrag ins Handelsregister nicht eingetragen werden konnte.

9) Art. 2 TZGB: "Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln".

10) Vgl. Bilgişin, a.a.O., S. 90; Tosbi, Şirket ve Kuruluş Muameleleri (Die Gesellschaft und die Gründungsvorgänge). 1942, S. 19.

11) In Art. 151 letzter Satz ATHGB ist von der Kollektivgesellschaft die Rede, die noch nicht in das Handelsregister eingetragen ist. Da aber das Nichteingetragensein ins Handelsregister die Möglichkeit mit in sich schließt, daß auch der Vertrag einer noch nicht eingetragenen Gesellschaft nicht schriftlich festgelegt ist, erstreckt sich sowohl der Wortlaut des Art. 151 ATHGB als auch die sich darauf stützende Ansicht nicht nur auf den Fall der Unterlassung der Handelsregistereintragung, sondern auch auf die mündliche Festlegung des Gesellschaftsvertrages.

12) Siehe für obige Ausführungen, Bilgişin, a.a.O., S. 93 ff. N. 104 - 107.

13) Vgl. Arslanlı, a.a.O., 1. Aufl., S. 85 f.; Arar, a.a.O., S. 20/21; Onsun, a.a.O., S. 40; Ebenso der türkische Kassationshof 223/884 - 31. 3. 1931; 2918/4046 - 24. 12. 1931.

14) Zu dem gleichen Ergebnis kam auch Hirsch, Ticaret Hukuku, S. 219 N. 229, durch den Wortlaut des Art. 151 letzter Satz ATHGB.

15) Arslanlı, a.a.O., 1. Aufl. S. 87; ebenso, Zeitschrift der Anwaltskammer von Istanbul, 1945, S. 593 ff.

16) Wortlaut oben S. 36 Anm. 4.

17) Vgl. Amtliche Begründung, S. 29 A c: Bei Unterlassung dieser Formalitäten liegt keine Kollektivgesellschaft vor; ebenso, Arslanlı, a.a.O., 2. Aufl. S. 100 ff.

18) Art. 155 THGB: "Im Vertrag der Kollektivgesellschaft sind anzugeben:
   1. Vor- und Zuname der Gesellschafter, deren Wohnsitz und Staatsangehörigkeit,
   2. Die Erwähnung, daß die Gesellschaft eine Kollektivgesellschaft ist,

3. Firma und Sitz der Gesellschaft,
4. Gegenstand der Gesellschaft,
5. der Betrag der von jedem Gesellschafter in Geld einzubringenden Einlagen, oder, sofern diese nicht in Geld bestehen, deren Wert und die Schätzungsweise, oder sofern als Einlage die persönliche Arbeitskraft in Betracht kommt, deren Art und Umfang,
6. Vor- und Zuname der Personen, die zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind, sowie die Tatsache, ob diese einzeln oder gemeinsam die Gesellschaftsverträge zu unterschreiben haben".

19) Wortlaut unten S. 39.

20) Wortlaut unten S. 43.

21) Art. 11 II TOG; Durch diesen Ausweg des Art. 156 THGB wird, wie auch die amtliche Begründung -S. 29 A c- erwähnt, im Zuge des Rechtsvereinheitlichungszweckes den Bestimmungen der Art. 11, 520 TOG und 55 TZGB Rechnung getragen.

22) ebenso Arslanlı, a.a.O., S. 100 ff.

23) ebenso Arslanlı, a.a.O., S. 120.

24) Um die Dritten vor der Vorschrift des Art. 288 TZPO zu schützen.

25) Art. 174 THGB: "Die Kollektivgesellschaft erlangt mit der Eintragung ins Handelsregister ihre eigene Rechtspersönlichkeit. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam".

26) S. 370 Erläuterung zu Art. 140

27) In diesem Sinne: Arslanlı, a.a.O., S. 119, 146, 157; Akıntürk, a.a.O., S. 77; Erem, a.a.O., S. 80, 88.

28) Vgl. Akıntürk, a.a.O., S. 77, der zu dem gleichen Ergebnis außerdem noch dadurch kommt, daß im Art. 158 THGB für die vor der Eintragung und Bekanntmachung im Namen der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten anders als im Art. 179 THGB nur die Haftung der Gesellschafter erwähnt wird.

29) Vgl. S. 21 dieser Arbeit.

30) Vgl. Protokoll des Rechtsausschusses, S. 372; Arslanlı, a.a.O., S. 134.

31) Art. 44 THGB: "Die Firma der Kollektivgesellschaft muß die Vor- und Zunamen aller oder wenigstens eines der Gesellschafter sowie einen die Art der Gesellschaft andeutenden Zusatz enthalten".

32) Im Unterschied zu Art. 44, 153, 155 THGB, in denen der Ausdruck "Handelsfirma" gebraucht wird, spricht Art. 158 THGB nur von einer gemeinsamen Firma.

33) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 145, 148: es reicht nicht, daß ein Gesellschafter für die Rechnung der Gesellschaft aber in eigenem Namen handelt.

34) a.a.O., S. 102, 148.

35) Vgl. Art. 533 TOG.

36) Dies gibt auch Arslanlı zu in S. 147: Sind vor der Eintragung ins Handelsregister im Namen der Kollektivgesellschaft Geschäfte vorgenommen worden, so könnte man die dadurch entstehende Gesellschaft als eine einfache Gesellschaft bezeichnen, jedoch mit dem Unterschied, daß die Gesellschafter solidarisch haften, ohne daß bewiesen zu werden braucht, daß der handelnde Gesellschafter die übrigen zu vertreten befugt war oder etwa Geschäftsführungsbefugnis besaß.

37) Arslanlı, a.a.O., S. 148: Da die Gesellschaft noch nicht ins Handelsregister eingetragen ist, können die besonderen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages gem. Art. 39 THGB den Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie davon positiv Kenntnis hatten.

38) Erläuterung zu Art. 158: "Wenn einige Personen, obwohl sie keinen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben, mit den Dritten unter Verwendung einer gemeinsamen Firma in Rechtsverkehr treten, als ob unter ihnen eine Gesellschaft bestände...."

39) Jedoch mit dem Unterschied, daß hier ihre Haftung primär ist. Dies folgt daraus, daß die Gesellschafter, weil hier in der Tat keine Kollektivgesellschaft vorliegt, selbst Schuldner der eingegangenen Verbindlichkeiten sind und daher nicht nach Art. 179 THGB subsidiär haften.

40) Vgl. Art. 153 THGB; Arslanlı, a.a.O., S. 101 ff., 149.

41) Art. 7 THGB: "Gehen zwei oder mehrere Personen gemeinsam eine Verbindlichkeit ein, die für sie alle oder für einen von ihnen kaufmännischer Art ist, so haften sie solidarisch, sofern nicht im Vertrag etwas anderes bestimmt ist".

42) Vgl. Art. 3 THGB: "Die in diesem Gesetz geregelten Angelegenheiten sowie alle Geschäfte, Handlungen und Angelegenheiten, welche ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Unternehmen betreffen, sind Handelssachen".

43) So Arslanlı, a.a.O., S. 101/102.

44) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 102 N. 3: Im Verhältnis zu den Dritten ist die Haftung der Gesellschafter vom Vorliegen eines Gesellschaftsvertrages nicht abhängig.

45) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 102.

46) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 103; Hirsch, Ticaret Hukuku, S. 120

N. 138 e; Karayalçın, Ticaret Hukuku Dersleri, 1. Bd.: Ticari Işletme (Lehrbuch des Handelsrechts, 1. Bd.: Das Handelsunternehmen) Ankara 1957, S. 114 3 b.

47) S. 103, 146.

48) Der Zweck und die Voraussetzungen des Art. 14 u. 158 THGB sind im Prinzip der gleichen Art; in beiden Bestimmungen wird die Regel aufgestellt, daß, wer im Handelsverkehr, in dem das Vertrauen auf den äußeren Anschein maßgebend ist, durch allgemeine Kundgebung oder Geschäftsvornahme ausdrücklich oder mittelbar eine öffentliche Erklärung abgibt, sich von den gutgläubigen Dritten an die Erklärung festhalten lassen muß. (Rechtsscheintheorie)

49) Die dem Registerbeamten durch Art. 34 THGB auferlegte Untersuchungspflicht über die Richtigkeit der eingetragenen Tatsachen schließt ohnehin eine solche Möglichkeit grundsätzlich aus.

50) Vgl. §§ 705 BGB, 105 HGB.

51) Vgl. Hueck, a.a.O., S. 27.

52) Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 123 Anm. 7; Hueck, a.a.O., S. 28; Schlegelberger-Geßler, § 123 Anm. 3; Staub-Pinner, § 123 Anm. 7; Weipert, § 123 Anm. 4, 6; Wieland I, S. 530.

53) Gemäß § 106 II Ziff. 3 HGB.

54) So: Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 123 Anm. 3; Hueck, a.a.O., S. 28; Schlegelberger-Geßler, § 123 Anm. 2; Staub-Pinner, § 123 Anm. 7; Weipert, § 123 Anm. 3; RGZ 34, 55.

55) Sehr bestritten. Zustimmend: RGZ 34, 55; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 123 Anm. 5; Lehmann-Ring, Komm. z. HGB, 2. Aufl. 1913/14, § 123 N. 3; Schlegelberger-Geßler, § 123 Anm. 3; Staub-Pinner, § 123 Anm. 7; Hueck, § 5 II 1 Anm. 8, jedoch mit dem Unterschied von den übrigen Autoren, daß er den Gegenbeweis, daß der Dritte den späteren Beginn gekannt habe, nur dann zuläßt, wenn die Angabe des früheren Zeitpunkts in der Eintragung auf einem Irrtum beruht und der Dritte das wußte. Abweichend: RGZ 119, 64 und ihm folgend Baumbach-Duden, § 123 Anm. 4A; Weipert, § 123 Anm. 5, erklären dagegen nicht den vereinbarten, gemäß § 106 II Ziff. 3 HGB im Handelsregister angegebenen Zeitpunkt, sondern den wirklichen Geschäftsbeginn als maßgebend. RG nimmt in seiner oben angegebenen Entscheidung an, daß die Anmeldung eines zurückverlegten Geschäftsbeginnes offensichtlich nur den Sinn habe, einen Stichtag für die künftige Auseinandersetzung zu bestimmen.

56) Vgl. Lehmann, a.a.O., § 18 II 2; Weipert, § 123 Anm. 18; Wieland I, S. 530/531.

57) Weipert, § 123 Anm. 8; Wieland I, S. 530/31: Läßt ein Gesell-

schafter die Gesellschaft ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter eintragen, so gelten die Wirkungen der OHG nur für diesen.

58) Vgl. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 123 Anm. 2; Hueck, a.a.O., S. 30; Schlegelberger-Geßler, § 123 Anm. 5; Weipert, § 123 Anm. 8; Wieland I, S. 528.

59) Vgl. Baumbach-Duden, § 123 Anm. 2 C; Hueck, a.a.O., S. 30; Weipert, § 123 Anm. 2, 9; Wieland I, S. 529.

60) Es genügt nicht, daß ein Gesellschafter zwar für die Rechnung der Gesellschaft aber in eigenem Namen handelt; vgl. Baumbach-Duden, § 123 Anm. 4D; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 123 Anm. 4; Hueck, a.a.O., S. 29; Schlegelberger-Geßler, § 123 Anm. 4; Staub-Pinner, § 123 Anm. 14; Weipert, § 123 Anm. 10; abweichend, Wieland I, S. 529.

61) Vgl. RGZ 19, 197; Baumbach-Duden, § 123 Anm. 4D; Staub-Pinner, § 123 Anm. 14; Weipert, § 123 Anm. 10; Wieland I, S. 528; Hueck, a.a.O., S. 29/30: Nimmt ein Gesellschafter eigenmächtig entgegen dem Gesellschaftsvertrag und ohne sonstige Zustimmung der übrigen Gesellschafter ein Geschäft im Namen der OHG vor, so handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht und wird dadurch nur persönlich verpflichtet.

62) Vgl. RG DR 41, 1944; 43, 1221; Baumbach-Duden § 123 Anm. 4C; Schlegelberger-Geßler § 123 Anm. 4; Staub-Pinner, § 123 Anm. 15; Weipert, § 123 Anm. 12; Wieland I, S. 528/529 etc.

63) Weipert, § 123 Anm. 2: Die Gesellschaft muß vorhanden sein, damit sie Dritten gegenüber wirksam werden kann; Hueck, a.a.O., S. 30/31: Fehlt eine der wesentlichen Voraussetzungen der OHG, so kann auch im Außenverhältnis keine OHG zur Entstehung gelangen; es findet auf sie das OHG-Recht keine Anwendung.

64) Z. B. wenn ein Kommanditist oder ein stiller Gesellschafter als offener Handelsgesellschafter auftritt, oder wenn ein ausgeschiedener offener Handelsgesellschafter seine Löschung im Handelsregister nicht betreibt oder duldet, daß er von der Gesellschaft noch als offener Handelsgesellschafter bezeichnet wird.

65) Vgl. RGZ 89, 163/164; 142, 98 ff.; 164, 121; 165, 202; Hueck, a.a.O., S. 31; Schlegelberger-Geßler, § 123 Anm. 11; Weipert, § 105 Anm. 78, § 123 Anm. 18 etc.

66) RGZ 89, 163 ff.; Hueck, a.a.O., S. 31; Schlegelberger-Geßler, § 123 Anm. 12; a. M., Ritter, § 123 Anm. 8: Dem Dritten schadet die Kenntnis nichts, wenn er darauf vertrauen konnte, daß die Gesellschaft sich trotzdem als OHG behandelt wissen wollte.

67) Vgl. Schlegelberger-Geßler, § 123 Anm. 15; Weipert, § 105 Anm. 78; RGZ 142, 98 und dazu Larenz in JW 1934, 224; BGH in BB 1955, 505 = BGHZ 17, 13: "Wer sich auf einen durch nicht öffentliche Erklärungen hervorgerufenen Rechtsschein als Haftungs-

grundlage beruft, hat grundsätzlich zu beweisen, daß er durch den Rechtsschein zu dem Geschäftsabschluß veranlaßt wurde". BGH stellt in dieser Entscheidung jedoch gleichzeitig die Vermutung auf, daß es "nach den Erfahrungen des täglichen Lebens jedoch in der Regel naheliegend anzunehmen ist, daß das Geschäft im Vertrauen auf den Rechtsschein zustande gekommen ist".

68) a.a.O., S. 525 Anm. 2.

69) Vgl. Siegwart, Art. 552/53 N. 18; Schneider-Fick, Das schweizerische Obligationenrecht (Kommentar). 2. Bd. 4. Aufl. Zürich 1915, Art. 552 Anm. 13; Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht. 5. Aufl. Zürich 1956, S. 463.

70) Vgl. Guhl, a.a.O., S. 463; Siegwart, Vorbem. zu Art. 530/51 N. 116; Wieland I, S. 528 ff.; v. Wyss, Die Haftung des Kollektivgesellschafters für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Aarau 1953, S. 21.

71) Vgl. BGE 29 II 664; Siegwart, Vorbem. zu Art. 530/51 N. 116.

72) Vgl. Art. 552, 934 SOR.

73) BGE 63 II 92; Hartmann, Art. 554 N. 3; ZBJV 39, 17; 69, 437; Schneider-Fick, Art. 552 Anm. 8: "Die Pflicht zur Eintragung beruht nur auf Ordnungsvorschrift und hat nur deklaratorischen, nicht konstitutiven Charakter". Nach Art. 553 SOR hat die Handelsregistereintragung nur für die sog. nichtkaufmännischen Kollektivgesellschaften, die kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, konstitutive Bedeutung. Außerdem ist die Betreibung der Kollektivgesellschaft auf Konkurs von der Eintragung abhängig (vgl. Art. 39 des schw. SchKG).

74) Vgl. Siegwart, Vorbem. zu Art. 530 ff. N. 117, Art. 552/53 N. 18.

75) Vgl. BGE 31 II 71; Hartmann, Art. 552 N. 15; Siegwart, Vorbem. zu Art. 530/51 N. 117; Wieland I, S. 530 ff.; v. Arx, Die Anfechtung des Gesellschaftsvertrages bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft. Diss. Zürich 1948 S. 32, 68 ff.; BlZür. 4, 189; v. Wyss, a.a.O., S. 22.

76) Vgl. über die Geltendmachung der Willensmängel die Ausführungen von v. Wyss, a.a.O., S. 81 ff. und die dort angeführte Literatur; N. 112 u. 116. Die Rechtsmängel bei der Entstehung der Personalgesellschaften, die erst nach dem Wirksamwerden der Gesellschaft nach außen herausgestellt werden, führen zwar zur Auflösung der Gesellschaft, dadurch werden aber die bisher eingetretenen Wirkungen nach außen wie nach innen nicht berührt.

II. TEIL § 2 A

1) So die rechtliche Auffassung des Vermögensbegriffes nach dem türkischen Sprachgebrauch. Vgl. Türk Hukuk Lügatı (Türkisches Rechtswörterbuch). Herausgegeben vom "Türkischen Rechtsverein". Ankara 1944, S. 218.

2) Siehe Gesellschaftsschulden, S. 28 ff. dieser Arbeit; ferner, Hirsch, Notlu Ticaret Kanunu, Art. 174 Anm. a;

3) Vgl. Akıntürk, a.a.O., S. 90.

4) Vgl. Akıntürk, a.a.O., S. 90; Lehmann, a.a.O., § 17 I 3; Weipert, § 105 Anm. 20;

5) Vgl. Baumbach-Duden, § 105 Anm. 4; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 105 Anm. 12; Hueck, a.a.O., S. 10; Weipert, § 105 Anm. 20; Siegwart, Art. 552/53 N. 5; Wieland I, S. 520 Anm. 22; v. Wyss, a.a.O., S. 18.

6) Vgl. Baumbach-Duden, § 105 Anm. 4; § 128 Anm. 6; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 105 Anm. 12; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 20; Staub-Pinner, § 105 Anm. 25; Weipert, § 105 Anm. 20; Guhl, a.a.O., S. 468.

7) Vgl. Akıntürk, a.a.O., S. 90; RGZ 13, 98; 81, 316; 117, 102; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 105 Anm. 12; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 21; Staub-Pinner, § 105 Anm. 25; Weipert, § 105 Anm. 20; Hartmann, Art. 568 N. 3; Siegwart, Art. 568/69 N. 20; Wieland I, S. 520 Anm. 22, S. 636 Anm. 3; v. Wyss, a.a.O., S. 24.

8) Das ist z. B. der Fall im Art. 159 TZGB i. V. m. Art. 204 I Ziff. 2 u. 217 I Ziff. 2 TZGB. Die Ehefrau, die gegen das dem Gläubiger bekannte Verbot des Ehemannes Mitglied einer Kollektivgesellschaft wird, haftet nur mit ihrem Sondergut; das gleiche gilt auch im schweizerischen Recht auf Grund der entsprechenden Bestimmungen des SZGB. Vgl. v. Wyss, a.a.O., S. 23/24; vgl. auch im deutschen Recht, Weipert, § 105 Anm. 25.

9) Vgl. a.a.O., S. 493; ferner v. Wyss, a.a.O., S. 17 ff.

10) Vgl. Wieland, S. 493.

11) Vgl. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 128 Anm. 1.

12) Wieland I, S. 494: "Für die OHG und KG bedeutet jedoch die Begründung und Wahrung des Grundkapitals lediglich eine interne, durch die Interessen der Gesellschaft selbst gebotene Wirtschaftsmaxime". Das Vorrecht der Gesellschaftsgläubiger, sich unter Ausschluß der Privatgläubiger der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen zu befriedigen, "ist lediglich eine Reflexwirkung des zwischen den Gesellschaftern bestehenden Verhältnisses, wonach das Gesellschaftsvermögen ausschließlich für die gesellschaftlichen Zwecke bestimmt ist...."

II. TEIL B

1) Vgl. Arar, a.a.O., S. 27.

2) Art. 142 I TOG.

3) Da die Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft mit ihrem ganzen Vermögen haften, fällt darunter auch der Anteil jedes Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen. Daher hat der Gläubiger in diesem Fall das Recht, auch die Gesellschaft mit den Gesellschaftern zusammen zu verklagen.

4) So Arsebük, Borçlar Hukuku (Das Obligationenrecht) 1/2 Bd. 3. Aufl. Ankara 1950, S. 1007; vgl. auch Arslanlı, a.a.O., S. 360: Die persönliche Haftung des Gesellschafters findet ihren Rechtsgrund darin, daß dieser kraft gesetzlicher Vorschrift zur Erfüllung der Schuld der Gesellschaft verpflichtet ist.

5) Ebenfalls gibt es bei der Solidarbürgschaft ein Solidarschuldverhältnis, aber keinen gemeinsamen Entstehungsgrund. Vgl. dagegen Arsebük, a.a.O., S. 1007, der trotz des Wortlautes des Art. 487 TOG kein Solidarschuldverhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Solidarbürgen annimmt.

6) ebenso im Ergebnis: Arslanlı, a.a.O., S. 360; Arar, a.a.O., S. 27.

7) Art. 144 TOG: "Ein Solidarschuldner kann, soweit es nicht anders bestimmt ist, durch seine eigene Handlung die Lage der anderen nicht erschweren".

8) Vgl. Arsebük, a.a.O., S. 1018; Oser-Schönenberger, Das schweizerische Obligationenrecht (Komm. z. ZGB), Art. 147 N. 3.

9) Vgl. hierzu die Ausführungen von Arsebük, a.a.O., S. 661 ff.

10) Art. 184 II THGB: Die gleiche Befugnis steht auch dem Gesellschaftsgläubiger zu.

11) Vgl. hierzu die Bestimmungen der Art. 113 - 140 TOG über die einzelnen Schulderlösungsgründe, auf die hier nicht eingegangen werden kann.

12) Ebenso: Arsebük, a.a.O., S. 1018; Edege, Borçlar Hukuku (Das Obligationenrecht) Istanbul 1952, S. 861 ff.; Oser-Schönenberger, Art. 147 N. 5.

13) Ebenso Arsebük, a.a.O., S. 1014.

14) Oser-Schönenberger, Art. 146 N. 12.

15) So die herrschende Meinung in der Schweiz. Vgl. Oser-Schönenberger, Art. 146 N. 3/4 und die ebenda angeführte Literatur.

16) Arsebük, a.a.O., S. 1015.

17) Arsebük, a.a.O., S. 1015.

18) Vgl. Hirsch, Notlu Ticaret Kanunu, Art. 166 Anm. c, verweist

auf die Bestimmung des Art. 527 TOG.

19) Ebenso Arslanlı, a.a.O., S. 227.

20) Arslanlı, a.a.O., S. 366.

21) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 366; Hirsch, Notlu Ticaret Kanunu, Art. 166 Anm. f.

22) Unter diesem Ausdruck ist im allgemeinen das Rechtsverhältnis unter den Solidarschuldnern zu verstehen. So Arsebük, a.a.O., S. 1021 Anm. 115; ebenso der Wortlaut der entsprechenden Bestimmung des Art. 148 I SOR. Im Gesellschaftsrecht speziell aber versteht man darunter die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über den Verlustanteil jedes Gesellschafters. Der Gläubiger-Gesellschafter kann die Mitgesellschafter nur nach ihrem Verlustanteil in Anspruch nehmen. Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 366.

23) Vgl. Arsebük, a.a.O., S. 1025; Oser-Schönenberger, Art. 149 N. 1/2.

24) Da die Kollektivgesellschaft im türkischen Recht als selbständige juristische Person geregelt ist, steht einer solchen Rechtsstellung des Gesellschafters auch kein dogmatisches Bedenken im Wege.

25) Arslanlı, a.a.O., S. 229: Die Gesellschaft kann hier gegen den belangenden Gesellschafter mit ihrem Anspruch auf die fällige Beitragsschuld aufrechnen.

26) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 229.

27) Siehe, Wieland I, S. 843.

28) Ebenso, Arslanlı, a.a.O., S. 229.

29) A. M., Wieland I, S. 842.

30) Es kann in der Praxis wohl vorkommen, daß ein Gesellschafter, um im eventuellen Konkurse der Gesellschaft angesichts der Bestimmung des Art. 183 THGB (Wortlaut in S. 82) vorteilhafter gestellt zu werden, seine eigentliche Einlage ganz oder zum größten Teil als Darlehn zeigt. Wie Hueck, a.a.O., S. 160/61 Anm. 6, zutreffend erwähnt, kann die rechtliche Natur der Forderung in solchen Fällen durch die Ermittlung des eigentlichen Parteiwillens festgestellt werden.

31) Arslanlı, a.a.O., S. 228: Bei der Bezeichnung der Verbindlichkeit als eine gesellschaftliche spielt es keine Rolle, ob sie dem Gesellschaftszweck dient, da jede Leistung, die ein Gesellschafter gemäß des Gesellschaftsvertrages übernimmt, mittelbar dem Gesellschaftszweck dient.

32) Vgl. Art. 170, 203, 204 THGB.

33) Arslanlı, a.a.O., S. 231.

34) Vgl. RGZ 65, 28.

35) Staub-Pinner, § 128 Anm. 1.

36) Abweichend: Baumbach-Duden, 8. Aufl., § 128 Anm. 2D; Rosenblatt, Die juristische Natur der Haftung des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, Diss. Jena 1933, S. 19.

37) Vgl. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 128 Anm. 5, 12; Lehmann, ZHR 79, 73; Ritter, § 128 Anm. 5; Schlegelberger-Geßler, § 128 Anm. 2, 21; Staub-Pinner, § 128 Anm. 1; Thomas, a.a.O., S. 73; Weipert, § 128 Anm. 14; RG in JW 1928, 2612 (2); BGHZ 5, 37 etc.; jetzt auch Baumbach-Duden, 13. Aufl. § 128 Anm. 2 C, schließt sich im Ergebnis an die herrschende Lehre an.

38) Vgl. Hueck, a.a.O., S. 203; Wieland I, S. 637 Anm. 4 i.V.m. S. 631.

39) So: Luckat, a.a.O., S. 18, 33; Schreiber, KHaA, S. 138; vgl. dagegen Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse. 15. Aufl. 1958, § 90 II 2; Reichel, Die Schuldmitübernahme, in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht, 19. Bd. S. 46 ff.

40) So Hurter, Die Haftung des Gesellschafters für die Unterlassungspflichten der offenen Handelsgesellschaft. Diss. Köln 1932, S. 26; vgl. auch Hirsch, Leitfaden..., § 41 I 1 A b.

41) Flechtheim in JW 1929, 577 und bei Düringer-Hachenburg § 128 Anm. 12, Schlegelberger-Geßler § 128 Anm. 12, nehmen an, daß ein mit der Gesellschaft vereinbarter Schulderlaß notwendig auch die Schuld des einzelnen Gesellschafters beseitigt, da jeder wegen seiner persönlichen Haftung in Anspruch genommene Gesellschafter gemäß § 129 I HGB alle Einwendungen der Gesellschaft erheben kann; vgl. auch Hirsch, Leitfaden, § 41 I 1 A b; dagegen RG in JW 1928 3. Bd. S. 2612 (2), Hueck, a.a.O., S. 204, Ritter § 128 Anm. 8, Weipert § 128 Anm. 19, vertreten vom Wortlaut des § 423 BGB ausgehend die Ansicht, daß es rechtlich ohne weiteres möglich ist, daß der Gläubiger eine Schuld in der Weise erläßt, daß er sich die Geltendmachung der Forderung gegen einen oder mehrere Gesellschafter vorbehält; einer Zustimmung der haftbar bleibenden Gesellschafter zu diesem Abkommen bedarf es nicht, da die Entlassung eines Gesamtschuldners aus der Haftung unabhängig vom Willen des anderen Gesamtschuldners erfolgen kann; Hueck, a.a.O.: Eine Benachteiligung des haftbar bleibenden Gesellschafters liegt nicht vor, denn er könnte auch ohne diese Vereinbarung vom Gläubiger in erster Linie in Anspruch genommen werden. Nach RG würde nur "eine Vereinbarung dahin, daß die Schuld der Gesellschaft als solcher - ohne Vorbehalt wegen der Weiterhaftung der Gesellschafter - erlassen sein sollte", auch die Gesellschafter aus der Haftung befreien.

42) in NJW 1952, S. 217 und ebenda Schrifttumsangaben.

43) Vgl. David-Hirsch, Praktische Fälle aus dem Zivil- und Zivilprozeßrecht mit Lösungen. 3. Aufl. Berlin-Frankfurt 1959, S. 31.

44) Vgl. RGZ 31, 141; Lehmann-Ring, § 128 N. 13; Staub-Pinner, § 128 Anm. 19; RGZ 120, 137: Auf die Forderungen der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis ist § 128 HGB nicht anwendbar.

45) Vgl. RG in JW 1912, 240; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 128 Anm. 14; Schlegelberger-Geßler, § 128 Anm. 28; Ritter, § 128 Anm. 6; Hueck, a.a.O., S. 167; Lehmann, a.a.O., § 19 III 2 b; Weipert, § 128 Anm. 32 (S. 262); Würdinger, JW 1937, 1639.

46) Vgl. über diese Möglichkeit RGZ 156, 305.

47) Vgl. RGZ 120, 137; 153, 307; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 128 Anm. 13; Hueck, a.a.O., S. 166, 208; Lehmann, a.a.O., § 19; Staub-Pinner, § 128 Anm. 21, 22; Weipert, § 128 Anm. 32

48) Vgl. RGZ 120, 135.

49) So die ältere Rechtsanschauung z. Z. des ADHGB. Vgl. RGZ 77, 102 und ebenda die weiteren Angaben.

50) Vgl. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 128 Anm. 15; J. v. Gierke, a.a.O., § 34 II 5, 6; Weipert, § 128 Anm. 32; Würdinger, Personalgesellschaften, S. 129.

51) So die überwiegende Ansicht: Hueck, a.a.O., S. 210; Lehmann, a.a.O., § 20 IV 7 b; Baumbach-Duden, § 128 Anm. 4; Ritter, § 128 Anm. 7; Schlegelberger-Geßler, § 128 Anm. 27; Staub-Pinner, § 128 Anm. 12; vgl. auch RG in JW 1937, 1986 und RGZ 153, 305.

52) So Wieland I, S. 849/850, 842 Anm. 15 und die ebenda Genannten.

53) Vgl. darüber die Ausführungen von Steinmann, Die Haftung des Collektivgesellschafters für die Gesellschaftsschulden nach SOR. Diss. Bern 1901, S. 62 ff.

54) Hartmann, Art. 568 N. 14; v. Wyss, a.a.O., S. 26; Mangold, Die Verjährung der Haftung des Kollektivgesellschafters. Diss. Zürich 1947, S. 21 ff., der außerdem den inhaltlichen Unterschied zwischen der Gesellschafts- und Gesellschafterschuld erwähnt; vgl. auch Siegwart, Art. 568/69 N. 21 und Wieland I, S. 631, 637.

55) Hartmann, Art. 568 N. 32; Becker, Art. 537 N. 4

56) Siegwart, Art. 568/69 N. 38; Hartmann, ebenda.

57) Vgl. Art. 560 SOR.

58) Vgl. Art. 570 II SOR; Hartmann, Art. 568 N. 32; Jäger, SchKG, Art. 218 N. 6; Moor, Der Konkurs der Kollektivgesellschaft und ihrer Mitglieder nach schweizerischem Recht. Diss. Bern 1918, S. 161; Siegwart, Art. 568/69 N. 39.

59) Die Gesellschafter und die Gläubiger melden zusammen die volle Forderung zur Konkursmasse der Gesellschaft (Abs. I u. II) und aus der auf diese Forderungen entfallenden Dividende wird zuerst der Gesellschaftsgläubiger befriedigt; der Rest steht dem regreßberechtigten Gesellschafter zu (Abs. III).

60) Vgl. Siegwart, Art. 568/69 N. 40.

61) Vgl. Jäger, SchKG, Art. 218 N. 3, 10; Hartmann Art. 568 N. 33; Siegwart, Art. 568/69 N. 40.

62) Hartmann, ebenda; Siegwart Art. 568/69 N. 41; Moor, a.a.O., S. 151; v. Wyss, a.a.O., S. 27.

63) Vgl. Art. 148 II SOR.

64) Vgl. Art. 148 I SOR; Siegwart, Art. 568/69 N. 41; Wieland I, S. 848.

65) Vgl. Siegwart, Vorbem. zu Art. 530 ff. N. 87 ff.

66) Hartmann, Art. 568 N. 33; Siegwart, Vorbem. zu Art. 530 ff. N. 89; Wieland I, S. 849/50 und Anm. 19; v. Wyss, a.a.O., S. 28 ff.; der Letztere erwähnt in S. 28 Anm. 14, daß der wirtschaftliche Zusammenhang für die Ablehnung der solidarischen Haftung nicht das Kriterium bilden kann, da er irgendwie letzten Endes immer vorliegt; ebenso im deutschen Recht, RGZ 153, 310; dagegen stellen Siegwart, Vorbem. zu Art. 530 ff. N. 91 und Wieland I, S. 845/46 bei der Abgrenzung der gesellschaftlichen Beziehungen von den außergesellschaftlichen darauf ab, ob die Beziehung ihrer Bedeutung nach für den Gesellschaftszweck wesentlich und in zeitlicher Hinsicht an diesen für eine nicht bloß vorübergehende Zeit gebunden ist.

67) Hartmann, Art. 568 N. 33: Es würde dem Grundsatze von Treu und Glauben widersprechen, wenn man dem Gesellschafter-Gläubiger den vollen Anspruch auf eine Leistung gewähren wollte, die er bei der Auseinandersetzung u. U. wieder herausgeben mußte. Abweichend Wieland I, S. 842 Anm. 15, der Gesellschafter hat im Innenverhältnis nur für Gesamtverluste aufzukommen, nicht für den Verlust aus einzelnen Verbindlichkeiten. Der Anteil des Gesellschafters läßt sich somit nicht vor der Festsetzung der Passivanteile ermitteln, d. h. erst nach der Auseinandersetzung und der endgültigen Berechnung der Verlustanteile. Vgl. auch, O. v. Gierke, GenTh. S. 542 Anm. 3

II. TEIL C

1) Vgl. Akıntürk, a.a.O., S. 92; Arslanlı, a.a.O., S. 350/51; Hirsch, Ticaret Hukuku, S. 193 N. 206C

2) Akıntürk, a.a.O., S. 92, bezeichnet die Bestimmungen des Art. 180 I u. II THGB, über deren Disharmonie mit dem allgemeinen türkischen Kollektivgesellschaftsrecht noch zu sprechen sein wird, als eine Fortführung des im Art. 179 I THGB enthaltenen Rechtsgedanken.

3) Vgl. Art. 109 TZPO. Mit der vorliegenden Bestimmung, die das ATHGB nicht enthielt, wird der Gefahr vorgebeugt, daß die oben erwähnte Frist abläuft, bevor die primäre Belangbarkeit des Gesellschafters eintritt.

4) Vgl. darüber die Ausführungen von v. Wyss, S. 33, 35 ff.

5) Vgl. Arar, a.a.O., S. 47/48

6) Vgl. Art. 145, 181, 184 THGB.

7) Vgl. Toksal, Iktisat ve Maliye Mecmuası (Zeitschrift für Wirtschaft u. Finanz), 4. Bd. 12. Heft S. 593 ff.

8) Vgl. S. 49 dieser Arbeit.

9) Ebenso im schw. Vorbild. Vgl. die Anordnung des Art. 568 SOR; ferner Hartmann, Art. 568 N. 4; Siegwart, Art. 568/69 N. 13; v. Wyss, a.a.O. S. S. 39

10) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 352; Akıntürk, a.a.O., S. 93.

11) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 352; Akıntürk, a.a.O., S. 93.

12) Hierbei ist jedoch vorab zu bemerken, daß die Belangbarkeit der Gesellschafter vor allem die Fälligkeit der Gesellschaftsschuld zur Voraussetzung hat. Dies bildet, abgesehen von der Auflösung der Gesellschaft durch Konkurseröffnung, wo alle Schulden fällig werden, eine besondere Voraussetzung, die von den im Art. 179 THGB genannten Voraussetzungen unabhängig ist.

13) Hierüber siehe unten S. 61 ff.

14) Im Zahlungsbefehl muß gezeigt werden, welcher Schuldbetreibungsweg vom Gläubiger gewählt ist. Vgl. Ansay, Hukuk Icra ve Iflas Usülleri (Schuldbetreibung und Konkursordnung). 3. Aufl. Ankara 1954, S. 44.

15) Der Verlustschein entspricht etwa dem Unpfandbarkeitsprotokoll des deutschen Rechts.

16) So die überwiegende Ansicht. Vgl. Akıntürk, a.a.O., S. 93/94; Erem, a.a.O., S. 93; Toksal, a.a.O., S. 584 ff.; Ansay, a.a.O., S. 165 N. 95 a; Entscheidung des Kassationshofes 179/1140 - 16. 4. 1942 zit. bei Hirsch, Notlu Ticaret Kanunu Art. 179 Anm. I 1.

17) So Arslanlı, a.a.O., S. 352.

II. TEIL C

18) Vgl. Entscheidung des Kassationshofes 1067/31. 5. 1943, in welcher von einer bloßen "Feststellung", daß eine Zwangsvollstrekkung in das Vermögen der Gesellschaft unmöglich ist, gesprochen wird. Zit. bei Arıç, Yargıtay Içtihatlarina göre haşiyeli Ticaret Kanunu (Das nach den Entscheidungen des Kassationshofes erläuterte HGB) Istanbul 1946, S. 134 N. 335.

19) So auch Arslanlı, a.a.O., S. 352; vgl. auch Hirsch, Notlu Ticaret Kanunu, Art. 175 Anm. d u. Art. 269 Anm. c, wo neben den Bestimmungen, in denen der Verlustschein geregelt wird, auch auf die Bestimmung des Art. 177 SchKG über die Einstellung der Zahlungen des Schuldners verwiesen wird.

20) Vgl. Art. 45 I, 105, 143 SchKG.

21) Ebenso, Arslanlı, a.a.O., S. 352/353.

22) S. 373, Erläuterung zu Art. 179 des neuen THGB

23) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 353 u. Anm. 27a; Akıntürk, a.a.O., S. 95; Hirsch, Notlu Ticaret K., Art. 175 Anm. c; ders., Ticaret Hukuku, S. 232 N. 242 I d; Onsun, a.a.O., S. 55.

24) Vgl. Hirsch, ZHR 69, 189.

25) A. M., Arslanlı, a.a.O., S. 353 Anm. 27a.

26) Zit. bei Hirsch, Notlu Tic. K. Art. 175 Anm. 2

27) Zit. bei Sungur, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 2. Bd.: Ticaret Şirketleri (Komm. z. THGB, 2. Bd.: Die Handelsgesellschaften). Istanbul 1959, Art. 179 N. 53.

28) 2/16 - 14. 5. 1947, zit. bei Sungur, a.a.O.

29) Siehe S. 61 Anm. 22 oben.

30) Siehe über die Auflösungsgründe Art. 185 ff. THGB, Art. 535 TOG.

31) Der akzessorische Charakter der Gesellschafterhaftung besteht auch hinsichtlich ihrer Geltendmachung. Wenn die Forderung der Gesellschaft gegenüber fällig ist, so ist sie auch den einzelnen Gesellschaftern gegenüber fällig. Die normale Auflösung der Gesellschaft macht ihre Schulden nicht fällig. Art. 236 THGB, wonach die Liquidatoren die noch nicht fälligen Schulden sofort zu zahlen haben, ist im Interesse der Liquidationsgesellschaft aufgestellt und stellt daher nicht ein Recht der Gläubiger, sondern eine Befugnis der Liquidatoren dar. - Vgl. die Entscheidungen des Kassationshofes: 1126/1218 - 30. 4. 1945 u. 73/51 - 4. 4. 1951, zit. bei Sungur, a.a.O., S. 145 N. 20, S. 149 N. 128; vgl. auch Arslanlı, a.a.O., S. 550; in der normalen Auflösung der Gesellschaft liegt nicht die gleiche Rechtslage vor wie im Konkurs der Gesellschaft, da die normale Auflösung der Gesellschaft nicht unbedingt ihre Zahlungsunfähigkeit bedeutet.

32) Ebenso: Akıntürk, a.a.O., S. 94; Arslanlı, a.a.O., S. 354; Barikan, Istanbul Baro Dergisi (Zeitschrift der Anwaltskammer von Istanbul) 1949, S. 21 ff.; Bartu, Istanbul Baro Dergisi, 1948, S. 104 ff.; Vgl. auch Hirsch, Ticaret Hukuku, N. 242 I d u. N. 248; Onsun, a.a.O., S. 55; ebenso der Kassationshof nach der erwähnten Plenarentscheidung in Anm. 28 oben: 2954/4359 - 27. 10. 1949, 2690/2938 - 10. 6. 1952, 2965/3209 - 12. 6. 1953, zit. bei Köymen-Olgaç, a.a.O., N. 1313, 1316, 1319

33) Ebenso Arslanlı, a.a.O., S. 354.

34) So die Plenarentscheidungen des Kassationshofes: 38/20 - 24. 5. 1944 und 13/15 - 28. 11. 1945, zit. bei Hirsch, Pratik Hukukta Metod (Die Methode im Praktischen Recht). 2. Aufl. Ankara 1948, S. 103; vgl. ferner ders. in ZHR 116, 210; im SJZ 1954, Heft 22.

35) a.a.O., S. 354.

36) Vgl. Art. 206, 207 THGB.

37) Art. 209 THGB: "Daß sich eine Kollektivgesellschaft in der Liquidation befindet, steht der Konkurseröffnung über sie nicht im Wege".

38) Vgl. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 128 Anm. 1; Staub-Pinner, § 128 Anm. 1; Weipert, § 128 Anm. 2.

39) Vgl. RGZ 139, 254; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 128 Anm. 5; Staub-Pinner, § 128 Anm. 1; Lehmann, a.a.O., § 20 IV 3, 4.

40) Vgl. Lehmann, a.a.O., § 20 IV 4 a b; Hueck, a.a.O., § 21 II 7.

41) Vgl. RGZ 102, 302; ferner §§ 124 I II, 129 IV HGB, 212 KO.

42) Vgl. Hueck, a.a.O., S. 217.

43) Siehe S. 59 Anm. 9 dieser Arbeit.

44) Art. 568 III Satz 2 SOR: "Die Haftung des Gesellschafters aus einer zugunsten der Gesellschaft eingegangenen Solidarbürgschaft bleibt vorbehalten"; vgl. über die weiteren Rechtswirkungen einer solchen Bürgschaft, Siegwart, Art. 568/69 N. 5 - 7; Hartmann, Art. 568 N. 40 ff.

45) In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, daß der Gesellschafter auch im deutschen Recht auf Grund der besonderen Gestaltung der Haftung mit verschiedenen voneinander abgegrenzten Vermögensmassen für eine Gesellschaftsschuld Bürgschaft übernehmen kann, obwohl diese für ihn keine fremde Schuld ist; vgl. RGZ 139, 254; BGH in WPM 1955, 973; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 128 Anm. 5: das verstärkt seine Haftung insofern, als er sich nicht auf die besondere Verjährung berufen kann und auch der Zwangsvergleich im Konkurs oder Vergleichsverfahren der Gesellschaft seine Haftung aus der Bürgschaft nicht beschränkt; ebenso Schlegelberger-Geßler, § 128 Anm. 8 etc.

II. TEIL C

46) Vgl. Art. 39, 41 I, 42, 43 SchKG; BGE 41 III 122; Hartmann, Art. 568 N. 21; Siegwart, Art. 568/69 N. 16;

47) Vgl. C. Jäger, Art. 39 N. 5; Die Eintragung äußert ihre Wirkungen erst mit der Bekanntmachung (Art. 39 II SchKG).

48) Vgl. Moor, a.a.O., S. 90.

49) Art. 41 II SchKG.

50) Vgl. Moor, a.a.O., S. 90; Siegwart, Art. 568/69 N. 16; Steinmann, a.a.O., S. 22; Wieland I, S. 639 Anm. 2; v. Wyss, a.a.O., S. 71.

51) Vgl. Art. 41 I SchKG.

52) Ebenfalls stellt Steinmann, a.a.O., S. 20, durch die Untersuchung des SchKG für das SOR a. F. dasselbe Ergebnis fest, vgl. auch, v. Wyss, a.a.O., S. 67.

53) Vgl. Art. 149 I SchKG; Blumenstein, S. 498; Moor, a.a.O., S. 90; v. Wyss, a.a.O., S. 73.

54) Vgl. Hartmann, Art. 568 N. 21; Moor, a.a.O., S. 91; v. Wyss, a.a.O., S. 73 Anm. 35.

55) Hartmann, a.a.O., Moor, a.a.O., v. Wyss, a.a.O.

56) BlZür. 23, N. 125; SJZ 5, N. 53; ZBJV 39, 226; 44, 374; 45, 90 ff; Hartmann, Art. 568 N. 19; Moor, a.a.O., S. 89; Siegwart, Art. 568/69 N. 14; Steinmann, a.a.O., S. 32; v. Wyss, S. 66

57) Die Eintragung der Auflösung, wozu die Gesellschafter gemäß Art. 574 II SOR verpflichtet sind, ist keine Voraussetzung der direkten Belangbarkeit der Gesellschafter; vgl. Hartmann, Art. 568 N. 10; Moor, a.a.O., S. 89 ff.; Siegwart, Art. 568/69 N. 14; v. Wyss, a.a.O., S. 67 Anm. 8

58) Vgl. Hartmann, Art. 568 N. 16; Siegwart, Art. 568/69 N. 22: Die Auflösung macht die Gesellschaftsschulden nicht vorzeitig fällig; ebenfalls, v. Wyss, a.a.O., S. 67 Anm. 10; a. M. Steinmann, a.a.O., S. 36 Anm. 1: Es ist nicht erstaunlich, wenn man die Einzelhaftung der Gesellschafter nicht mit der Auflösung der Collektivgesellschaft, sondern mit derjenigen der Liquidationsgesellschaft aktuell werden lassen will....

II. TEIL § 3

1) Vgl. hierzu die Zusammenstellung von Hirsch, Ticaret Hukuku, N. 206; ders., Hukuk Ilmini Yayma Kurumu konferanslar serisi. Ankara 1938 N. 34; vgl. auch Arslanlı, a.a.O., S. 343/344.

2) So in Art. 122, 1270 THGB, 38 TOG, 88, 91 ATHGB ebenso Art. 7, 231 THGB etc.

3) Vgl. v. Tuhr, OR, S. 16.

4) Vgl. O. v. Gierke, DPR III, S. 9 ff.; Schreiber, Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, 1. Bd. S. 185; Schwerin, Schuld und Haftung im geltenden Recht. 1911, S. 32 ff. Nach dieser Lehre ist die Schuld ein rechtliches Sollen und alles, was über diesen bloßen Leistungsbefehl, d. h. reine Schuld hinausgeht, ist begrifflich unter der Haftung zusammenzufassen; vgl. auch im schweizerischen Recht, v. Wyss, a.a.O., S. 41.

5) Hirsch, Hukuk Ilmini Yayma K..., S. 6 ff., bezeichnet die Schuld als eine von der Haftung abhängige Gegebenheit. Sie ist das Interesse einer Person, das sie verfolgt, um sich von der Haftung, bzw. von dem Druck, den die Haftung ausübt, zu befreien.

6) So z. B. in Art. 98 TOG: "Der Schuldner haftet im allgemeinen für jedes Verschulden"...

7) Diese Bedeutung der Haftung, die besonderes bei vertraglichen und außervertraglichen Verschulden in Betracht kommt, fällt hier nicht ins Gewicht.

8) Nach Arslanlı, 1. Aufl. S. 267, "wird mit der Haftung die persönliche und mit der Deckung die vermögensrechtliche Seite der Haftung bezeichnet. Die Forderung des Gläubigers setzt sich in der Regel aus der persönlichen und vermögensrechtlichen Haftung des Schuldners zusammen". Dieser Satz, der allerdings in 2. Aufl. ausgelassen ist, trifft in seiner allgemeinen Fassung nicht auf jedes Schuldverhältnis zu. Man möge an diejenige Schuldverhältnisse denken, die nur eine vermögensrechtliche Garantie zum Gegenstande haben.

9) Vgl. Akıntürk, a.a.O., S. 97; Arslanlı, a.a.O., S. 343/344.

10) a.a.O., S. 347.

11) Arslanlı, a.a.O., S. 348: "Da hinsichtlich der Wettbewerbsunterlassungspflicht der Gesellschaft eine erfolglose Betreibung derselben nicht in Betracht kommt, kann die Wettbewerbsunterlassung der Gesellschafter nur dadurch gewährleistet werden, daß diese das gleiche schulden wie die Gesellschaft."

12) So Arslanlı, a.a.O., S. 348 u. 349.

13) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 347 Anm. 9 und die folgenden Anmerkungen.

14) Siehe S. 49 dieser Arbeit.

15) Ebenso: Akıntürk, a.a.O., S. 100; Erem, a.a.O., S. 90 N. 2c; vgl. auch Hirsch, Ticaret Hukuku, S. 232 N. 242 I: Unter dem Begriff der Haftung versteht man, daß der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden einsteht und diese mit seinem ganzen Vermögen zahlt.

16) Vgl. Wieland I, S. 631.

17) Akıntürk, a.a.O., S. 100: Auch der Dritte, der mit der Gesellschaft im Vertrauen auf die Gesellschafter Rechtsgeschäfte eingeht, achtet ohne Zweifel auf diesen Punkt.

18) Übrig bleibt zwar von den drei im SchKG vorgesehenen Betreibungsarten noch die Pfandverwertung. Jedoch endet die Betreibung auch hier mit der Pfändung oder Konkurs, wenn der Pfanderlös die Schuld gar nicht oder nur z. T. deckt (Art. 45 SchKG).

19) Zur Betreibung der Forderungen dieser Art (Realexekution) muß ein gerichtliches Urteil vorliegen. Vgl. Köymen-Olgaç, a.a.O., S. 104.

20) Ansay, a.a.O., S. 182: In diesem Fall ist auch Konkursbetreibung möglich, sofern der Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt.

21) Vorbehalten sind die allgemeinen Bestimmungen gegenüber den bösgläubigen Dritten (Art. 27 letzter Satz SchKG).

22) Vgl. Köymen-Olgaç, a.a.O., S. 162 ff.

23) Vgl. Art. 356 II TOG:"Wenn es nach der Natur des Geschäftes auf die persönliche Eigenschaften des Unternehmers nicht ankommt...."

24) Vgl. auch Köymen-Olgaç, a.a.O., S. 162/163.

25) Vgl. S. 30 dieser Arbeit.

26) So Köymen-Olgaç, a.a.O., S. 163; Begesay, Icra ve Iflas Kanunu şerhi (Kommentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz). 2. Aufl. Istanbul 1948/49, S. 38.

27) Maßgebend ist bei der Wertschätzung das Erfüllungsinteresse des Gläubigers, d. h. der Schaden, den dieser durch die Nichterfüllung erleidet; vgl. BGE 48 III 158; Berkin, Iflas Hukuku Dersleri (Lehrbuch des Konkursrechtes) Istanbul 1960, S. 204; Ansay, a.a.O., S. 222.

28) Vgl. Ansay, a.a.O., S. 221.

29) Vgl. Art. 67 TOG.

30) Siehe, S. 63 ff. dieser Arbeit.

31) Vgl. Art. 209 THGB in S. 144 Anm. 37 oben.

32) A. M., Arslanlı, a.a.O.,S. 345.

33) Siehe Näheres darüber unten S. 111 ff.

34) Vgl. die amtliche Begründung zum neuen THGB, S. 30.

35) So, Arslanlı, a.a.O., S. 346; vgl. auch ders. oben in S. 63 dieser Arbeit.

36) a.a.O., S. 373.

37) RGZ 136, 272.

38) Art. 2 TZGB: "Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln (Abs. I). Der offenbare Mißbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz" (Abs. II).

39) Vgl., Hurter, a.a.O., S. 24.

40) Vgl. Art. 174 TOG, 803 TZGB.

41) Der Schuldbeitritt ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt; er wird zwar in Art. 179 u. 180 TOG erwähnt, aber nur als Durchgangsstadium zur Schuldübernahme. Trotz der Übergehung durch das Gesetz steht jedoch dessen Verwendung infolge der Vertragsfreiheit nichts entgegen. Vgl., Oser-Schönenberger, Vorbem. zu Art. 175 - 183 N. 2.

42) Siehe S. 50.

43) Vgl. Art. 141 I TOG.

44) Vgl. BGE 56 II 381, 72 II 22, 75 II 50; Arsebük, a.a.O., S. 931; Göktürk, a.a.O., S. 610; Guhl, a.a.O., S. 143, 410; Oser-Schönenberger Art. 111 N. 16.

45) Beck, Das neue Bürgschaftsrecht, Komm. Zürich 1942, Art. 492 N. 78; Göktürk, a.a.O., S. 603; Guhl, a.a.O., S. 409.

46) Vgl. Arsebük, a.a.O., S. 115; Göktürk, a.a.O., S. 606/607; Guhl, a.a.O., S. 410; Reichel, a.a.O., S. 74 ff.; Oser-Schönenberger, Art. 492 N. 5, 6, 15; v. Wyss, a.a.O., S. 58.

47) Vgl. Art. 486 TOG, 178 THGB; Die Subsidiarität ist nach dem heutigen türkischen Recht nur für die einfache Bürgschaft ein wesentliches Element, nicht aber auch für die Solidarbürgschaft, welche die Einrede der Vorausklage ausschließt (Art. 487 TOG). Dagegen erkennt das neue schw. Bürgschaftsgesetz v. 1942 die Subsidiarität aus Billigkeitserwägungen, nämlich zum Schutze des Bürgen auch für die Solidarbürgschaft an (Art. 496 SOR).

48) Vgl. Art. 485 TOG; BGE 49 II 211; Beck, Art. 492 N. 88 ff.; Oser-Schönenberger, Art. 492 N. 21 ff.; v. Wyss, a.a.O., S. 59

49) Vgl., v. Wyss, a.a.O., S. 56. Anders jedoch die Fälligkeitsfrage im Falle des Konkurses des Kollektivgesellschafters und bei der Bürgschaft im Konkurs des Hauptschuldners, vgl. Art. 491 Satz 1 TOG.

50) Vgl. Art. 525 III, 529 II, 531 TOG, 161, 162, 167 THGB.

51) Vgl. v. Wyss, a.a.O., S. 60.

52) So die herrschende Lehre: Baumbach-Duden § 128 Anm. 2; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 128 Anm. 1, 3, 5; Laband, ZHR 30, 498; Lehmann, a.a.O., § 20 IV 3, 4; ders. in ZHR 79, 73; Rospatt, ZBH32, 246; Ritter, § 128 Anm. 2, 4; Schlegelberger-Geßler § 128 Anm. 2; Staub-Pinner, § 128 Anm. 1, 2, 15; Weipert, § 128 Anm. 2; Würdinger, a.a.O., S. 125, 127; RGZ

49, 343; 102, 302; 139, 254; RG in JW 1912, 147; 1916, 1410; BGHZ 5, 37; vgl. ferner über die nicht ganz einheitliche Stellungnahme des RG die Zusammenstellung in BGHZ 23, 304 ff.

53) Vgl. Baumbach-Duden, § 128 Anm. 2 A.

54) Weil diese Möglichkeit auch von der herrschenden Lehre angenommen wird. Vgl. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, Vorbem. vor § 109 Anm. 2 u. § 128 Anm. 15; Ritter, § 128 Anm. 4b; Staub-Pinner, § 124 Anm. 17b; Würdinger, a.a.O., S. 129; RGZ 77, 102; 85, 157; 120, 137.

55) Vgl. für die angeführte Kritik: Luckat, a.a.O. S. 13; Rosenblatt, a.a.O., S. 3 - 7; v. Saint-Paul, Ist die Haftung des offenen Handelsgesellschafters eine Fremdhaftung? Auszug aus Diss. Königsberg 1931, S. 4 - 5.

56) Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 128 Anm. 5; Staub-Pinner, § 128 Anm. 1; vgl. auch die Stellungnahme bei Fischer, Die Haftung des Gesellschafters für die Schulden der offenen Handelsgesellschaft. 1936, S. 76.

57) Vgl. Affolter, ArchBürgR. 5, 1 ff.; O. v. Gierke, ArchBürgR. 19, 127, GenTh., S. 551, DPR III, S. 49; Helwig, Anspruch und Klagerecht. Jena 1900, S. 268 Anm. 6; Kohler, ArchBürgR. 40, 427 ff.; Ritter, 1. Aufl. 1909, § 128 Anm. 1 - er schließt sich in der zweiten Auflage an die h.A. -; Schreiber, KGaA, S. 137 ff.; Wieland I, § 53; Fischer, a.a.O., S. 76; Geller, Die Haftung des offenen Handelsgesellschafters. Diss. Bonn 1928, S. 22; Günzel, a.a.O., S. 44; Luckat, a.a.O., S. 32; v. St.-Paul, a.a.O., S. 8

58) Kohler, ZHR 74, 456 ff., ArchBürgR. 40, 250 ff.; ebenso, Affolter, ArchBürgR. 5, 1 ff.

59) Vgl. Schreiber, KGaA, S. 138.

60) Vgl. O. v. Gierke, GenTh., S. 521 ff., DPR III, § 104 III Anm. 79/80; J. v. Gierke, a.a.O., S. 138 Schreiber, KGaA, S. 137 ff.; ebenso im Ergebnis, Wieland I, S. 630.

61) O. v. Gierke, GenTh., 551, 553, ArchBürgR. 19, 127.

62) Auf Grund dieser Auffassung bezeichnet Schreiber, KGaA, S. 138, Schuld u. Haftung..., S. 185, 355, die Schuld des Gesellschafters als eine Schuld kraft Haftung; ebenso, O. v. Gierke, DPR III, S. 49: "Demgemäß wohnt ersichtlich der Haftung für fremde Schuld die Tendenz inne, eigene Schuld zu begründen".

63) Wieland I, § 53; Geller, S. 23; Luckat, S. 37; v. St.-Paul, S. 6; Ritter, 1. Aufl. § 128 Anm. 1; vgl. auch RGZ 136, 266.

64) Nach Geller, a.a.O., S. 23, folgt dies vor allem aus einem Vergleich des § 129 II u. III HGB mit § 770 BGB. Immerhin aber gelte § 767 I 3 BGB, wonach durch ein nach Übernahme der Bürgschaft vorgenommenes Rechtsgeschäft die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert wird, für den Gesellschafter nicht entspre-

chend.

65) Nach v. St.-Paul, a.a.O., S. 9, entspricht die Stellung des Gesellschafters der des Garanten

66) Wieland I, S. 631; ebenso, Müller-Erzbach, a.a.O., S. 199, der jedoch merkwürdigerweise an derselben Stelle wie die herrschende Lehre "von der einheitlichen Schuld (der Gesellschafter) mit doppeltem Haftungsobjekt" spricht.

67) Vgl. Wieland I, S. 396 ff.; 406 ff., 417 ff., 425; ebenso, Luckat, a.a.O., S. 32/33; dagegen meinen die übrigen Anhänger, die OHG stelle auch nicht in einzelnen Beziehungen eine juristische Person, sondern nur die Gesamtheit der Gesellschafter dar. Da § 124 I HGB diese Gesamtheit gegenüber den einzelnen Gesellschaftern verselbständige, könne die Gemeinschaft zur gesamten Hand als etwas von sämtlichen Einzelgesellschaften Verschiedenes auch eigene Verbindlichkeiten eingehen. So Geller, S. 17; O. v. Gierke, GenTh., S. 492; Ritter, 1. Aufl. § 128 Anm. 1; v. St.-Paul, S. 8

68) Wieland I, S. 630.

69) Vgl. Wieland I, S. 637 Ziff. 1.

70) Vgl. Hueck, a.a.O., S. 197 Ziff. 3.

71) Hueck, a.a.O., S. 198; Würdinger, a.a.O., S. 126; BGHZ 23, 305/306.

72) Würdinger, a.a.O., S. 126; Hueck, a.a.O., S. 197; BGHZ 23, 305.

73) Vgl. Hueck, a.a.O., S. 197.

74) So Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 128 Anm. 3; Lehmann-Ring, § 128 N. 10; Staub-Pinner § 128 Anm. 15; Baumbach-Duden, § 128 Anm. 2 B: Ein Gesellschafter kann nur auf solche Leistungen nach § 128 unmittelbar in Anspruch genommen werden, die er namens der Gesellschaft zu bewirken verpflichtet ist; ebenso, BGH in BB 1957, 345; vgl. auch Ritter, § 128 Anm. 3.

75) Schlegelberger-Geßler, § 128 Anm. 6; Weipert, § 128 Anm. 5; Würdinger, a.a.O., S. 126; vgl. auch RGZ 80, 107.

76) Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 128 Anm. 3: Jede Zuwiderhandlung der Gesellschafter verletzt die Zusage der Gesellschaft.

77) Vgl. Schlegelberger-Geßler, § 128 Anm. 5; Weipert, § 128 Anm. 6; vgl. auch Hueck, a.a.O., S. 199/200: "Grundsätzlich wird nur ein Unterlassen der OHG, nicht aber ein Unterlassen der einzelnen Gesellschafter als Privatperson geschuldet. - Vgl. auch RGZ 136, 266. - Der Gesellschafter hat sich dafür einzusetzen, daß in der Gesellschaftssphäre keine verbotene Handlung vorgenommen wird"; RGZ 136, 271 - wie auch RGZ 131, 274 -

II. TEIL § 3

betrachtet die Frage, ob auch ein Unterlassen der Gesellschafter von der Gesellschaft zugesagt worden ist, als eine Auslegungsfrage nach den Grundsätzen von § 242 BGB; vgl. auch RGZ 146, 71; Baumbach-Duden, § 128 Anm. 3D; Hueck, a.a.O., S. 200ff.

78) Siehe für folgende Ausführungen BGHZ 23, 305 ff.

79) So: BGE 39 I 298; 51 I 432/433.

80) So: Schneider-Fick, Art. 564 Anm. 5; Hartmann, Art. 562 N. 5, 22; Steinmann, a.a.O., S. 26; Breitenbach, Die Haftung des ausgeschiedenen Kollektivgesellschafters für die Schulden der Gesellschaft. Diss. Freiburg 1944, S. 20 f; BGE 39 I 298; 42 II 39; 45 II 302; 46 II 471; 51 I 432; 71 II 40; vgl. auch Siegwart, Art. 568/69 N. 1 u. 21.

81) BGE 42 III 39.

82) Wieland I, S. 631 ff.; Mangold, a.a.O., S. 22; v. Wyss, a.a.O., S. 57 ff.

83) v. Wyss, a.a.O., S. 53.

84) Vgl. Botschaft des Bundesrates, im Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft. 1928, I, 215; v. Wyss, a.a.O., S. 48 Anm. 28: "Dieser Vorbehalt in den Materialien kann jedoch nicht verhindern, daß auch Art. 568 III letzter Satz zur Abklärung der Rechtsfragen herangezogen wird".

85) So, v. Wyss, a.a.O., S. 48; mit derselben Erwägung wurde in älterer Gerichtspraxis bis 1936 die Verbürgung des Gesellschafters zugunsten der Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft abgelehnt; vgl. BGE 45 II 302, 46 II 471; ausnahmsweise wurden jedoch Wechselbürgschaft (BGE 32 I 386) und die Bürgschaft des Kommanditisten (BGE 57 II 362) zugelassen.

86) Vgl. darüber die reichhaltigen Ausführungen von v. Wyss, a.a.O., S. 57 ff.

87) Siehe oben S. 65 Anm. 45.

88) Ebenso, Hartmann, Art. 568 N. 36.

89) Siehe oben S. 65.

III. TEIL § 1

1) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 354.

2) Das türkische SchKG bildet zwar grundsätzlich eine Übersetzung des schweizerischen SchKG von 1889, aber weicht es von diesem durch die während der Rezeption und später vorgenommenen Änderungen erheblich ab.

3) Vgl. Art. 60, 61, 155, 168 SchKG; die Herbeiführung des Konkurses hängt von dem formellen Vorgang ab, daß die dem Schuld-

ner für die Tilgung oder Bestreitung der Schuld betreibungsamtlich gewährte Frist abläuft. Art. 180 II THGB, wonach der Gläubiger über die Kollektivgesellschaft die Eröffnung des Konkurses verlangen kann, wenn trotz der Zustellung des Vollstreckungsbefehles die Schuld nicht getilgt wird, hat vor allem diesen formellenKonkursgrund des Art. 155 SchKG im Auge. Ebenso ist die Bestimmung des Art. 182 I THGB im Grunde genommen eine Wiederholung des Art. 158 SchKG.

4) Nach Art. 177 SchKG "kann ein Gläubiger ohne vorgängige Betreibung die Konkurseröffnung verlangen:
   1. gegen jeden Schuldner, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist, oder der die Flucht ergriffen hat, um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen, oder der betrügerische Handlungen zum Nachteile der Gläubiger begangen oder zu begehen versucht oder bei einer Betreibung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht hat,
   2. gegen den Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat.
   3. Im Falle des Art. 301 SchKG.
   4. gegen den Schuldner, der eine gerichtlich festgestellte Forderung trotz des Vollstreckungsbefehls nicht bezahlt hat".

5) Die Bestimmung des Art. 208 THGB umfaßt allgemein die Kollektivgesellschaft im Liquidationsstadium.

6) Art. 192 I Satz 2 THGB, Art. 166 SchKG.

7) Die Löschung der Firma findet gemäß Art. 242 THGB erst bei der Beendigung der Liquidation statt.

8) Vgl. Ansay, a.a.O., S. 212 N. 125.

9) Vgl. RGZ 29, 36; in diesem Sinne sind m. E. die Bestimmungen der Art. 205, 226 I SchKG sowie mittelbar Art. 261 II THGB, in denen die Konkursverwaltung als Vertreterin der Masse - d. h. sämtlicher Gläubiger, vgl. C. Jäger, Art. 240 N. 5; Berkin, a.a.O., S. 251 - bezeichnet wird, zu verstehen. Nach Ansay, a.a.O., S. 263 Anm. 372, ist die Konkursverwaltung Vertreterin des Gemeinschuldners; vgl. auch E. Jäger, KO, § 210/211 Anm. 15; als Vertreter des Gemeinschuldners bezeichnet der türkische Kassationshof (2795/4159 - 17. 10. 1952, zit. bei Köymen-Olgaç, a.a.O., N. 2618) das Konkursamt.

10) Nach Art. 211 SchKG werden die im Art. 82 SchKG abschließend aufgezählten Kompetenzstücke der freien Verfügung des Gemeinschuldners überlassen. Diese Bestimmung kann aber auf die Kollektivgesellschaft wegen ihrer Natur kaum Anwendung finden.

11) Denn nach Art. 198 SchKG werden alle Forderungen im Konkurs in der Regel in Geld umgewandelt; vgl. Ansay, a.a.O., S. 206.

12) Vgl. Ansay, a.a.O., S. 208 N. 124; Berkin, a.a.O., S. 158 ff.

13) Die entsprechende Bestimmung des Art. 179 ATHGB ließ die Gesellschafter außer den Kapitaleinlagen für ihre "sonstigen For-

derungen" gegen die Gesellschaft gleich einem Gesellschaftsgläubiger am Gesellschaftskonkurs teilnehmen. Diese Bestimmung ist im neuen THGB in der oben erwähnten Form geändert worden, da sie in der Praxis Mißbräuche veranlaßte. Vgl. die amtliche Begründung, S. 30

14) Vgl. Art. 171 II THGB.

15) Art. 187 THGB, 528 TOG.

16) Wortlaut S. 91 dieser Arbeit.

17) Daran, daß der Konkursverwalter der Gesellschaft die Gesellschaftsforderung von der Konkursmasse des Gesellschafters im voraus, d. h. vor der Feststellung der Konkursdividende, beziehen könnte, ist nicht zu denken, da die Bestimmung des Art. 182 II THGB, wonach im Privatkonkurs eines Gesellschafters zwischen den Gesellschaftsgläubigern und den Privatgläubigern des betreffenden Gesellschafters kein Vorzugsrecht besteht, entgegensteht.

18) Vgl. Ansay, a.a.O., S. 242 Anm. x zu N. 140

19) Siehe Näheres darüber bei Ansay, a.a.O., S. 306 ff.

20) Hinsichtlich der Masseverbindlichkeiten ergeben sich keine Besonderheiten. Sie stellen solche Ansprüche dar, die erst nach der Konkurseröffnung entstanden sind, u.z. durch das Verfahren selbst (Art. 248 SchKG).

21) Vgl. Art. 195, 197, 202 SchKG; Ansay, a.a.O., S. 218 N. 128.

22) Ansay, a.a.O., S. 218 N. 128;

23) Ebenso folgt aus dem oben erwähnten Prinzip, daß mit dem Konkurs der Gesellschaft nicht auch die einzelnen Gesellschafter gleichzeitig in Konkurs geraten (Art. 182 I Satz 1 THGB).

24) Ebenso Arslanlı, a.a.O., S. 354/355.

25) Eine Forderung, die nicht in Geld umgewandelt werden kann, kann im Konkurs nicht geltend gemacht werden. Vgl., Ansay, a.a.O., S. 222; Berkin, a.a.O., S. 203; Köymen-Olgaç, a.a.O. m S. 1114.

26) Vgl. Hueck, a.a.O., S. 245; E. Jäger, § 209/10 Anm. 2.

27) Vgl. §§ 207 I, 209 I u. II KO.

28) E. Jäger, Ko-OHG, S. 43: Der Grund hierfür liegt darin, daß der Gesellschaftskonkurs ein Sonderkonkurs zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen ist, daß die Privatmassen trotz der Samthaftung der Gesellschafter nicht einen Bestandteil des Gesellschaftsvermögens bilden; ebenfalls im Komm. z. KO, § 209 Anm. 4; Hueck, a.a.O., S. 246; Weipert § 131 Anm. 23.

29) § 209 II i. V. m. § 207 II KO; E. Jäger, KO, § 209/210 Anm. 2, Ko-OHG, S. 16: denn die Auflösung hebt nur die produktive Seite

der Gesellschaft auf, aber das Gesellschaftsverhältnis dauert als Abwicklungsunternehmen fort; derselben M.: Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, Vorbem. 1 zu § 131; Staub-Pinner, § 131 Anm. 1; Hueck, a.a.O., S. 246; O. v. Gierke, GenTh., S. 498.

30) Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 144 Anm. 2; Hueck, a.a.O., S. 246/47; E. Jäger, KO, § 209/10 Anm. 9/10; Mentzel, § 209 Anm. 2; Staub-Pinner, § 131Anm. 12; Weipert, § 131 Anm. 23 mit weiteren Angaben aus der Rechtssprechung.

31) E. Jäger, Ko-OHG, S. 67.

32) Vgl. E. Jäger, Ko-OHG, S. 1 ff.; ders. KO, § 1 Anm. 60; Moor, a.a.O., S. 11 ff.

33) E. Jäger, Ko-OHG, S. 70, KO, § 209/10 Anm. 13

34) Siehe für obige Ausführungen: Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 144 Anm. 7; E. Jäger, KO, § 209/10 Anm. 17; Schlegelberger-Geßler, § 144 Anm. 2; Staub-Pinner, § 131 Anm. 13; Hueck, a.a.O., S. 247; Wieland I, S. 703 Anm. 60, 711 etc.

35) Vgl. RGZ 31, 143; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 144 Anm. 6/7; Hueck, a.a.O., S. 248; E. Jäger, KO § 209/10 Anm. 15, Ko-OHG, S. 88 ff.; Mentzel, § 209 Anm. 2; Schlegelberger-Geßler, § 144 Anm. 2; Staub-Pinner, § 131 Anm. 13; abweichend, Wieland I, S. 709.

36) Vgl. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 144 Anm. 12; Hueck, a.a.O., S. 248; Staub-Pinner, § 128 Anm. 28; Wieland I, S. 711

37) Art. 122 ADHGB ordnete dagegen die ersatzweise Haftung der Gesellschafter auf den Ausfall an.

38) Vgl. BGE 42 III 39; Fritzsche, 1. Bd., S. 62, 2. Bd. S. 77/78.

39) BGE 34 II 352, 36 II 379; zBJV 46, 429; Hartmann, Art. 568 N. 19; C. Jäger, Art. 218 N. 2; Moor, a.a.O., S. 78, 80 ff., 91 ff.; Siegwart, 568/69 N. 15; v. Wyss, a.a.O., S. 71

40) Vgl. BGE 35 I 812; Moor, a.a.O., S. 90; Siegwart, Art. 570 N. 29; Wieland I, S. 636 Anm. 2; v. Wyss, a.a.O., S. 71.

41) Siegwart, Art. 568/69 N. 22; v. Wyss, a.a.O., S. 71/72: a. M. Steinmann, a.a.O., S. 56

42) Siehe Näheres darüber bei Siegwart, Art. 570 N. 7.

43) Es handelt sich hier nicht um ein Vorrecht, sondern um ein ausschließliches Recht der Gesellschaftsgläubiger. Abw. Siegwart, Art. 570 N. 2

44) Siegwart, Art. 570 N. 13; vgl. auch BGE 27 I 563.

45) So: Bucher, Der Konkurs der KG nach schw. Recht. Diss. Zürich, 1926, S. 23; Hartmann, Art. 570 N. 4; Moor, a.a.O., S. 74; Wieland I, S. 711; abw. Siegwart, Art. 570 N. 15 ff., der

III. TEIL § 1

nur die Forderungen aus außergesellschaftlichen Gründen zur Aktivmasse der Gesellschaft rechnet und dies auch nur, wenn der betreffende Gesellschafter aufrecht bleibt oder auf Pfändung betrieben wird; wird aber dieser auf Konkurs betrieben, so ist der Gesellschaftsanspruch kein brauchbares Aktivum - mit Rücksicht auf Art. 218 I SchKG - ebenso im Ergebnis, Moor, a.a.O., S. 48, 127.

46) Vgl. Bucher, a.a.O., S. 29; Moor, a.a.O., S. 55; Hartmann, Art. 570 N. 18; Siegwart, Art. 570 N. 21 ff.

47) Vgl. S. 53.

III. TEIL § 2

1) Ursprünglich waren in der Türkei nur die Kaufleute konkursfähig. Die jetzige Regelung ist durch die Revision des SchKG v. 3. 7. 1940/389 eingeführt worden. Siehe darüber Näheres, Ansay, a.a.O., S. 190 ff.

2) Vgl. Ansay, a.a.O., S. 190/191 und die ebenda angeführten Entscheidungen des Kassationshofes.

3) Vgl. Art. 8, 9, 14 ATHGB.

4) Vgl. die amtliche Begründung, S. 16.

5) Art. 183 II, 191 I THGB, 527 TOG.

6) Vgl. Art. 145, 179 II, 191 THGB.

7) Siehe oben S. 63.

8) Nach ATHGB war der Konkurs oder die Entmündigung eines Gesellschafters kein Auflösungs-, sondern ein Ausschließungsgrund, es sei denn, daß der Gesellschaftsvertrag für diese Fälle die Auflösung der Gesellschaft vorsah (Art. 191 ATHGB). Obwohl Art. 185 des jetzigen THGB auf Art. 535 TOG verweist, wo unter anderen Auflösungsgründen auch der Privatkonkurs, die Zwangsverwertung des Liquidationsanteiles eines Gesellschafters und die Entmündigung desselben erwähnt werden, erwähnt er selbst als Auflösungsgrund nur den Fall des Privatkonkurses unter einer besonderen Ziffer (Ziff. 5). Aus dieser Anordnung ergibt sich, daß die Zwangsverwertung des Liquidationsanteiles oder die Entmündigung eines Gesellschafters nach jetzigem THGB für die Kollektivgesellschaft nicht als Auflösungsgründe gelten. Es wäre sonst nicht nötig, im Art. 185 I Ziff. 5 THGB den Privatkonkurs des Gesellschafters besonders zu erwähnen, da dieser Fall durch die Verweisung auf Art. 535 TOG ohnehin gegeben ist. Vgl. Arslanlı, a.a.O., 1. Aufl., S. 383 Anm. 42, 2. Aufl. S. 417, 463/464 Anm. 13a; vgl. auch Protokoll des Rechtsausschusses, S. 374.

9) Im schweizerischen Recht wird ebenfalls die direkte Belangbar-

keit des in Konkurs geratenen Gesellschafters nicht mit der Zahlungsunfähigkeit oder Zweckänderung der Gesellschaft, sondern mit der oben erwähnten Erwägung begründet vgl. v. Wyss, a.a.O., S. 74.

10) Dieselbe Rechtslage bestand im schweizerischen Recht zur Zeit des aOR. Vgl. Art. 564 III aOR i. V. m. Art. 218 II SchKG. Dieser Widerspruch ist im Art. 568 III revOR durch die ausdrückliche Erwähnung, daß der Kollektivgesellschafter "auch nach seinem Ausscheiden für die Gesellschaftsschulden persönlich belangt werden kann, wenn er in Konkurs fällt", beseitigt worden.

11) Diese Abweichung des Abs. III von der allgemeinen Regelung des Art. 146 TOG über das Rückgriffsrecht der Solidarschuldner ist damit zu begründen, daß das Rückgriffsrecht der Massen gegeneinander unter den Umständen des Art. 203 III SchKG eine zu komplizierte Gestaltung herbeiführen würde. Vgl. Ansay, a.a.O., S. 239/240.

12) Nach dem türkischen SchKG erfolgt die Konkurseröffnung bei den gerichtlich festgestellten Forderungen ohne Vorgängige Betreibung im Wege des Vollstreckungsbefehlsverfahrens (Art. 32, 35, 177 I Ziff. 4 SchKG), bei den nicht gerichtlich festgestellten Forderungen dagegen im Wege des Zahlungsbefehlsverfahrens (Art. 60 ff. SchKG).

13) Darunter fällt auch das Konkursanerkenntnis, d. h. Urteil des Gerichts zur Eröffnung des Konkurses. Nach dem türkischen Recht bedarf es zur Eröffnung eines jeden Konkurses eines besonderen Konkurserkenntnisses (vgl. Art. 156, 165, 173, 177, 178 SchKG), welches erst nach Anzeige der gerichtlichen Verhandlung, in der der Schuldner sich gegen Konkursbegehren verteidigen kann, ausgesprochen wird. Vgl. Art. 158, 177 II SchKG.

14) d. h. mit Ausnahme des Falles, daß mit der Gesellschaft zusammen auch gegen den einzelnen Gesellschafter die Konkurseröffnung verlangt ist. Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 368. Aus dieser Regelung scheint zu folgen, daß das ATHGB im Falle der Nichtbeachtung des der Gesellschaft zugestellten Vollstreckungs- oder Hinterlegungsbefehls die Voraussetzung der erfolglosen Betreibung der Gesellschaft als gegeben betrachtete.

15) Vgl. Protokoll des Rechtsausschusses, S. 373

16) Ebenso Arslanlı, a.a.O., S. 355, 369

17) Ebenso Arslanlı, a.a.O., S. 368; a. M., Erem, a.a.O., S. 94/95.

18) Vgl. die Zusammenstellung bei Arslanlı, a.a.O., S. 355.

19) Art. 165 SchKG: "Der Konkurs gilt vom Zeitpunkt an als eröffnet, in welchem er erkannt ist; das Gericht stellt diesen Zeitpunkt im Konkurserkenntnis fest".

III. TEIL § 2

20) So ausdrücklich, Die Entscheidung der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Kassationshofes. 972/1303 - 1. 3. 1958, zit. bei Köymen-Olgaç, a.a.O., S. 1067 N. 2509; vgl. ebenfalls Berkin, a.a.O., S. 82.

21) So, Protokoll des Rechtsausschusses, S. 373/4

22) Vgl. E. Jäger, KO § 212 Anm. 4, 13, Ko-OHG, S. 89 ff., 174.

23) Vgl., E. Jäger, KO § 212 Anm. 13.

24) Vgl., Art. 39 I Ziff. 2 und 40 II SchKG.

25) Vgl. Hartmann, Art. 568 N. 24; Siegwart, Art. 568/69 N. 28; BGE 23, 268; ZBJV 49, 316.

26) Vgl. Blumenstein, a.a.O., S. 650; v. Wyss, a.a.O., S. 74.

27) Hartmann, Art. 568 N. 18; Siegwart, Art. 568/69 N. 17; v. Wyss, a.a.O., S. 75.

28) Vgl. Art. 217 I SchKG; C. Jäger, Art. 218 N. 9; Moor, a.a.O., S. 112 ff.; Steinmann, a.a.O., S. 57 ff.; v. Wyss, a.a.O., S. 75 Anm. 40

29) Vgl. Art. 572 II SOR.

30) So ausdrücklich, Art. 571 I u. II SOR.

31) Vgl. die Zusammenstellung bei Moor, a.a.O., S. 103 ff., über die Unvertraglichkeit der Art. 564 III, 577 I aOR u. 218 II SchKG miteinander und die Rechtfertigung der Einführung des Gesellschafterkonkurses als Belangbarkeitsvoraussetzung ins revOR.

III. TEIL § 3

1) Vgl. Ansay, a.a.O., S. 238; Fritzsche, a.a.O., 2. Bd., S. 75.

2) Ebenso wird im schweizerischen Recht der Begriff der Gleichzeitigkeit im Schrifttum in diesem Sinne ausgelegt. Vgl. Blumenstein, a.a.O., S. 663 ff.; Bucher, a.a.O., S. 83; Fritzsche, a.a.O., 2. Bd. S. 75, 78; C. Jäger, Art. 218 N. 10; Moor, a.a.O., S. 126; v. Wyss, a.a.O., S. 75.

3) Art. 218 I Halbsatz 1 SchKG: ..., so können die Gesellschaftsgläubiger..."nur den im Konkurs der Gesellschaft unbezahlt gebliebenen Rest ihrer Forderungen geltend machen".

4) Um die gegenseitige Abhängigkeit beider Konkurse zu beseitigen und dadurch dem Privatkonkurs eine freie Abwicklungsmöglichkeit zu gewährleisten.

5) Vgl. Art. 207, 438, 765, 790/91, 853, 868 ff. ZGB; Art. 206 SchKG etc.

6) Ebenso die einheitliche Ansicht der schweizerischen Doktrin. Vgl. Bucher, a.a.O., S. 91; C. Jäger, Art. 218 N. 5; Moor, a. a.O., S. 137; Siegwart, Art. 568/69 N. 35.

7) Im schweizerischen und deutschen Recht wird unter Ausfall der Betrag verstanden, den der Gesellschaftsgläubiger aus irgendeinem Grunde nicht erhalten hat. Vgl. C. Jäger, Art. 218 N. 5; E. Jäger, KO § 212 Anm. 9/10.

8) i. V. m. Art. 205 II SchKG, der auf Art. 203, 204 SchKG verweist.

9) Wenn der Ausfall im Gesellschaftskonkurs noch nicht feststeht, kann der Gläubiger dann, wie Art. 204 I SchKG lautet, die Forderung im Privatkonkurs des Gesellschafters in vollem Betrag anmelden.

10) Siehe über die Rückgriffsberechtigung Art. 146 u. 523 TOG.

11) Vgl. auch Art. 217 III Satz 2 des schw. SchKG.

12) Siehe für die obigen Ausführungen im Text des Art. 204 SchKG.

13) Bei Einreichung dieses vollen Anspruches muß aber der Betrag der Teilzahlung besonders erwähnt werden. Vgl. Ansay, a.a.O., S. 240

14) Vgl. Art. 204 III Satz 2 SchKG.

15) Ansay, a.a.O., S. 241.

16) Vgl. Art. 204 III Satz 1 SchKG.

17) Vgl. Ansay, a.a.O., S. 240.

18) Vgl. Art. 204 II SchKG

19) So ausdrücklich Art. 216 II des schw. SchKG.

20) Vgl. Ansay, a.a.O., S. 240.

21) Vgl. Ansay, a.a.O., S. 239/240.

22) Ebenso im Vergleichsverfahren. Vgl. § 90 VglO

23) E. Jäger, Ko-OHG, S. 121 ff.; Wieland I, S. 712

24) § 212 II KO: "Bei den Verteilungen sind die Anteile auf den vollen Betrag der Gesellschaftsforderungen zurückzubehalten, bis der Ausfall bei dem Gesellschaftsvermögen feststeht". Vgl. auch, E. Jäger, KO § 212 Anm. 7; Hueck, a.a.O., S. 249; Weipert, § 128 Anm. 23; Wieland I, S. 712.

25) § 212 III KO i. V. m. § 64 KO; vgl. auch, Hueck, a.a.O., S. 249; E. Jäger, § 212 Anm. 4 ff. u. 9; Weipert, § 128 Anm. 23; Wieland I, S. 712 etc.

26) Vgl. E. Jäger, KO § 212 Anm. 13

27) v. Wyss, a.a.O., S. 75/76.

Zweites Kapitel

1) Türkisch: Konkordato, Schw.: Nachlaßvertrag, Deutsch: Zwangsvergleichs- od. gerichtliches Vergleichsverfahren.

2) Obwohl das schw. SchKG den Ausdruck "Nachlaßvertrag" verwendet, versteht die h. L. darunter nicht einen zwischen dem Schuldner und Gläubigern abgeschlossenen Vertrag des Privatrechts, sondern ein schuldbetreibungsrechtliches Institut, auch wenn er insofern ein vertragliches Element in sich schließt, als die Zustimmung einer bestimmten Anzahl von Gläubigern für sein Zustandekommen erforderlich ist. Vgl. Ansay, a.a.O., S. 319; Blumenstein, a.a.O., S. 896; Fritzsche, 2. Bd. S. 294; Es genügt für den Zwangsexekutionscharakter des Instituts die Zwangswirkung auf eine Minderheit der nicht zustimmenden Gläubiger (Art. 303 SchKG) und die Abhängigkeit des Verfahrens von der behördlichen Bestätigung (Art. 298 SchKG) etc.

3) Zwei Drittel der angemeldeten Gläubiger, die wiederum zwei Drittel der in Betracht fallenden Forderungen vertreten. Vgl. Art. 297 SchKG

4) Art. 285 SchKG; vgl. auch Ansay, a.a.O., S. 317

5) Vgl. Art. 286 u. 298 Ziff. 1 SchKG.

6) Vgl. Art. 251 und 143 SchKG.

7) Der abgeschlossene Vergleich ist auch wirksam für die Gläubiger, die ihre Forderungen nicht eingegeben haben. Das ergibt sich durch den Schluß aus dem Gegenteil von Art. 292 I SchKG: "Der Sachwalter fordert die Gläubiger durch öffentliche Bekanntmachung auf, ihre Forderungen binnen zwanzig Tagen einzugeben, mit der Androhung, daß sie im Unterlassungsfalle zur Teilnahme an den Verhandlungen über den Vergleich nicht zugelassen werden".

8) Siehe unten S. 107.

9) So ausdrücklich Art. 293, 294 des schw. SchKG

10) Siehe S. 50 dieser Arbeit.

11) Vgl. Art. 143 II THGB u. Art. 159 THGB. Siehe den Wortlaut in S. 25 dieser Arbeit.

12) So BGE 48 III 246, 59 III 108.

13) Ebenso, v. Wyss, a.a.O., S. 92.

14) Ebenso, v. Wyss, a.a.O., S. 92.

15) Vgl. Art. 309 V SchKG über den Widerruf des Konkurses.

16) Vgl. Art. 258 - 308 SchKG.

17) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 470.

18) Vgl. Art. 285 - 286 SchKG.

19) Vgl. BGE 62 III 133.

20) § 109 Ziff. 1 VerglO, § 211 I KO; die Zurücknahme des Vorschlages durch einen Gesellschafter macht ihn für alle Gesellschafter hinfällig; vgl. E. Jäger KO § 211 Anm. 1; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 144 Anm. 8 b; Weipert, § 131 Anm. 23.

21) § 109 Ziff. 3 VerglO, § 211 KO.

22) Vgl. Hueck, a.a.O., S. 248.

23) Vgl. RGZ 142, 208; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 128 Anm. 16, § 144 Anm. 8; Hueck, a.a.O., S. 248; E. Jäger, KO § 211 Anm. 3, 5, § 212 Anm. 18; Ritter, § 128 Anm. 8; Schlegelberger-Geßler, § 128 Anm. 33; Weipert, § 128 Anm. 25, 26.

24) Vgl. § 110 VerglO; Hueck, a.a.O., S. 249; Weipert, § 128 Anm. 25; abw. Baumbach-Duden, § 128 Anm. 9B; vgl. auch BB 53, 76.

25) Vgl. BGE 32 II 478, 37 I 160, 45 II 301; Hartmann, Art. 570 N. 14, 15; C. Jäger, Art. 293 N. 1; Mangold, a.a.O., S. 60/61; Moor, a.a.O., S. 173 ff.; Steinmann, a.a.O., S. 60; Schneider-Fick, Art. 564 Anm. 15; Siegwart, Art. 568/69 N. 24; v. Wyss, a.a.O., S. 92

26) Vgl. Hartmann, Art. 570 N. 14; v. Wyss, a.a.O., S. 92; a. M., C. Jäger, Art. 293 N. 1, Art. 303 N. 3, der die Mitwirkung aller Gesellschafter am Abschluß des Vergleiches voraussetzt; dagegen Moor, a.a.O., S. 174: Es handelt sich hier um keine Ausnahme zu Art. 303 SchKG, wie Jäger sagt; wenn die Gesellschaft einen Nachlaßvertrag abschließt, so sind es in der Tat und Wahrheit die Teilhaber selber, die ihn hinsichtlich ihrer eigenen Schulden abschließen.

27) Vgl. Hartmann, Art. 570 N. 14; Siegwart, Art. 568/69 N. 6, 24; v. Wyss, a.a.O., S. 93; vgl. auch BGE 32 I 387, 45 II 301.

IV. TEIL § 1

1) Vgl. Ansay, Hukuk Yargiıama Usulleri (Die ZPO) 6. Aufl. Ankara 1957, S. 87 N. 54.

2) Vgl. S. 59, 60, 70, 72.

3) Siehe S. 111.

4) Art. 142 TOG i. V. m. Art. 178 THGB.

5) Art. 179 I THGB spricht zwar von der Verklagung der Gesellschaft mit "einem" Gesellschafter; da die Gesellschafter aber solidarisch haften, dürfte einer Verklagung mehrerer Gesellschafter mit der Gesellschaft nichts im Wege stehen.

6) Siehe S. 70.

7) Vgl. Ansay, ZPO, S. 87, 126: Unter dem einheitlichen Klagegrund ist der Umstand zu verstehen, daß der Klagegegenstand

IV. TEIL § 1

für alle Streitgenossen gleicher Natur ist.

8) Ebenso im schw. Recht, Siegwart, Art. 568/69 N. 26; v. Wyss, a.a.O., S. 77; a.M., Arslanlı, a.a.O., S. 349, der diesen besonderen Gerichtsstand als Bestandteil der Gesellschaftsschuld und damit der Schuld des einzelnen Gesellschafters betrachtet.

9) Ebenso Arslanlı, a.a.O., S. 349 Anm. 16.

10) Vgl. Staub-Pinner, § 124 Anm. 17; Weipert, § 124 Anm. 24; E. Jäger, Die OHG im Zivilprozesse, S. 21 Anm. 35: Ansprüche eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft gehören zur Zuständigkeit des § 17 ZPO, nicht des § 22 ZPO. Klagen der Gesellschaft aus Rechtsgeschäften, die sie mit einem Mitglied wie mit einem Dritten abgeschlossen hat, sind jedoch nicht Klagen gegen das Mitglied "als solches".

11) Vgl. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 124 Anm. 15, § 128, Anm. 7; Weipert, § 124 Anm. 24 etc.

12) So die herrschende Lehre: RGZ 32, 44; ZHR 42, 526; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 128 Anm. 5, 7; Hueck, a.a.O., S. 202/203; Schlegelberger-Geßler, § 128 Anm. 10; Staub-Pinner, § 128 Anm. 4, 14; Weipert, § 124 Anm. 24, § 128 Anm. 5; E. Jäger, Die OHG im Ziv., S. 22 u. 23 Anm. 38: Zu diesem Ergebnis drängen die Bedürfnisse des Verkehrs, da sonst ein gemeinschaftlicher Gerichtsstand für die gleichzeitige Ausklagung der Gesellschafter und der Gesellschaft erst auf dem Wege des § 36 ZPO zu schaffen wäre; ebenso Hueck, a.a.O., S. 203

13) Vgl. Siegwart, Art. 554/56 N. 15 und die ebenda Zitierten.

14) BGE 26 I 299; Hartmann, Art. 554 N. 17; Siegwart, Art. 554/56 N. 15; v. Wyss, a.a.O., S. 76.

15) Bejahend: Siegwart, Art. 568/69 N. 26; v. Wyss, a.a.O., S. 76/77 (siehe für die Begründung, S. 109 Anm. 8 dieser Arbeit); verneinend: BlZüR 16, N. 10; Breitenbach, a.a.O., S. 65; Hartmann, Art. 554 N. 18, Art. 568 N. 22 (mit gleicher Begründung wie die h. L. im deutschen Recht); ebenso im Ergebnis Wieland I, S. 637 Anm. 4

16) BGE 51 I 49; vgl. auch BGE 53 I 49.

IV. TEIL § 2

1) Vgl. Art. 24 ff., 32 ff., 42 ff., 60 ff. des SchKG.

2) Art. 179 I Satz 2 THGB spricht ausdrücklich von der "Verklagung und Betreibung des Gesellschafters" (Siehe den Wortlaut in S. 47 dieser Arbeit). Zwar kann der Gläubiger, wie Arslanlı, a.a.O., S. 356, hervorhebt, gegen den Gesellschafter so vorgehen, wie er gegen die Gesellschaft vorgehen konnte; jedoch

wird die Betreibung auch hier letzten Endes im Wege der besonderen Klageerhebung fortgesetzt, wenn der belangte Gesellschafter gegen den Zahlungsbefehl etwa auf Grund seiner persönlichen Einreden Rechtsvorschlag erhebt; vgl. Art. 60, 67 SchKG; vgl. auch Protokoll des Rechtsausschusses, S. 373.

3) Vgl. den Wortlaut des Art. 179 I THGB "..... kann der einzelne Gesellschafter allein oder zusammen mit ihm die Gesellschaft verklagt und betrieben werden". Die entsprechende Bestimmung des Art. 175 ATHGB enthielt im Unterschied zum Regierungsentwurf und gegenwärtigen THGB nicht die Wendung "zusammen mit".

4) a.a.O., S. 373.

5) So wörtlich, Art. 176 ATHGB u. 180 des Regierungsentwurfes zum neuen THGB.

6) a.a.O., S. 362 u. 363.

7) Siehe oben S. 70.

8) Vgl. z. B. den Umkehrschluß des Art. 184 I II THGB über die Verrechnung (Wortlaut S. 117).

9) Der Rechtsausschuß (S. 373) läßt die Einstellung der Vollstrekkung nur im Falle des Art. 33 SchKG zu, nämlich wenn der Gesellschafter nachweisen kann, daß die Gesellschaftsschuld getilgt oder gestundet oder verjährt ist.

10) Ebenso Arslanlı, a.a.O., S. 362.

11) Ebenso Arslanlı, a.a.O., S. 362.

12) Siehe S. 115/116.

13) Vgl. Art. 82, 83 des schw. SchKG u. Art. 68, 69 des türk. SchKG.

14) Art. 78 des schw. SchKG.

15) Köymen-Olgaç, a.a.O., S. 185: Diese Einreden sind im Gesetz erschöpfend aufgezählt.

16) Vgl. 2954/4359 - 27. 10. 1949, 2690/2938 - 10. 6. 1952, 6993/7191 - 10. 12. 1957, zit. bei Köymen-Olgaç. a.a.O., N. 1309, 1316, 1319.

17) Vgl. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 124 Anm. 7; Hueck, a.a.O., S. 213; Schlegelberger-Geßler, § 124 Anm. 29; Staub-Pinner, § 124 Anm. 22; Weipert, § 124 Anm. 37 etc.

18) Vgl. Hueck, a.a.O., S. 215; Staub-Pinner, § 129 Anm. 12; Wieland I, S. 623; Wird das Vermögen des Gesellschafters doch auf Grund eines gegen die OHG als solche erwirkten Titels angegriffen, so kann der Gesellschafter dieser Vollstreckungshandlung im Klagewege gemäß § 771 ZPO widersprechen oder die Einwendungen nach § 766 ZPO erheben. Vgl. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, § 124 Anm. 17; Staub-Pinner, § 124 Anm. 24;

Weipert, § 129 Anm. 11.

19) Vgl. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg § 128 Anm. 7; Hueck, a.a.O., S. 215; die Frage, ob die Gesellschaft und Gesellschafter bei ihrer gleichzeitigen Verklagung notwendige Streitgenossen i. S. des § 62 ZPO sind, ist bestritten; bejahend: RGZ 34, 365; 123, 151; JW 1925,756; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg § 124 Anm. 7; Staub-Pinner § 128 Anm. 5; ebenso zwar RGZ 136, 268, jedoch mit Ausnahme der ungleichen Verteidigung von Gesellschaft und Gesellschafter oder des Falles, daß das Vorbringen des Gläubigers verschiedene Entscheidungen gegenüber der Gesellschaft und Gesellschafter möglich macht; verneinend: Baumbach-Duden § 128 Anm. 8A; Hueck, a.a.O., S. 216; Schlegelberger-Geßler § 124 Anm. 16; Weipert § 124 Anm. 20.

20) So die herrschende Meinung: Baumbach-Duden § 128 Anm. 8B; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg § 128 Anm. 8; Hueck, a.a.O., S. 207, 215; E. Jäger, OHG im Zivilprozesse, S. 66 ff.; Ritter § 124 Anm. 4f; Schlegelberger-Geßler § 124 Anm. 20, § 129 Anm. 5; Weipert § 129 Anm. 5; Wieland I, S. 625; abweichend: Staub-Pinner § 124 Anm. 27, § 129 Anm. 6; RGZ 49, 344: Weil die OHG nur formelle Parteifähigkeit besitzt und der Gesellschafter im Gesellschafts- und Gesellschafterprozeß selbst Prozeßpartei ist, sind die Voraussetzungen der Rechtshängigkeitseinrede gegeben; vgl. dagegen RGZ 102, 302/303; BGHZ 2, 254 gewährt die Rechtshängigkeitseinrede auf Grund des fehlenden Rechtsschutzinteresses nur bei den gleichlautenden Feststellungsklagen, weil hier "die Sachentscheidung keinen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Schuldtitel darstellt".

21) Vgl. RGZ 13, 97; 34, 365; 49, 342; 02, 301; 124, 149; BGHZ 2, 254; Baumbach-Duden § 128 Anm. 8C; Geller, a.a.O., S. 53; Hueck, a.a.O., S. 215/216; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg § 124 Anm. 16; § 128 Anm. 9; Jäger, Die OHG im Zivilprozesse, S. 61; Ritter § 124 Anm. 4k; Schlegelberger-Geßler § 124 Anm. 21, § 129 Anm. 6; Staub-Pinner § 124 Anm. 25; Weipert § 124 Anm. 25; Wieland I, S. 624: vgl. ferner, Blomeyer, ZZP Bd. 75, S. 1 ff. mit weiteren Belegen.

22) Vgl. besonders deutlich: RGZ 34, 365; 49, 343; 124, 149; BGHZ 2, 254.

23) Vgl. die RG-Entscheidungen zu Anm. 21 oben.

24) RGZ 124, 151; BGHZ 2, 254; Baumbach-Duden § 128 Anm. 8C; Weipert § 124 Anm. 25.

25) a.a.O., S. 216.

26) BGHZ 2, 254.

27) Weipert § 124 Anm. 25: Mit der Rechtskraft des Urteils gegen die Gesellschaft sind sämtliche Einwendungen der Gesellschaft erledigt, sei es, weil sie nicht oder verspätet vorgebracht sind, sei

es, weil sie vom Gericht für unbegründet angesehen worden sind; vgl. ebenso Flechtheim bei Düringer-Hachenburg § 128 Anm. 9; Staub-Pinner § 128 Anm. 25;

28) Eben deshalb wird von RGZ 124, 152 die Einreden aus § 767 ZPO zugelassen; vgl. ebenso Baumbach-Duden § 128 Anm. 8C.

29) Vgl. Hueck, a.a.O., S. 216; Staub-Pinner § 124 Anm. 26; Wieland I, S. 624; Weipert § 124 Anm. 25;

30) So, Hueck, a.a.O., S. 216; Jäger, Die OHG i. Z. S. 60; abweichend Geller, a.a.O., S. 53; Rospatt die OHG im Zivilprozesse, in ZBH 1933, S. 62.

31) Vgl. Hartmann, Art. 562 N. 14; Wieland I, S. 625; v. Wyss, a.a.O., S. 78; vgl. dagegen, Siegwart, Vorbem. zu Art. 530 ff. N. 120, Art. 562 N. 10.

32) Vgl. Hartmann, Art. 562 N. 14; v. Wyss, a.a.O., S. 78; Siegwart, Vorbem. zu Art. 530 ff. N. 120.

33) Vgl. BGE 71 II 40; ZBJV 50, 325; BlZüR 17 N. 42.

34) Vgl. Hartmann, Art. 562 N. 16; BlZüR 16, N. 42; v. Wyss, a. a.O., S. 79.

35) BGE 71 II 40; ZBJV 50, 325; Hartmann, Art. 562 N. 16; Wieland I, S. 624; v. Wyss, a.a.O., S. 79/80; Siegwart, Art. 562 N. 12; Das gegen die Gesellschaft ergangene Urteil hat gegen die Gesellschafter nur insoweit Rechtskraft, als durch dasselbe die Existenz der Gesellschaftsschuld unbestreitbar festgestellt wird und gemeinsame Einreden, deren Geltendmachung Sache der Gesellschaft wäre, nachher nicht mehr angebracht werden können.

36) Art. 81 I SchKG: "Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren Urteile des....., so wird die Rechtsöffnung gewährt, wenn nicht der Betriebene durch Urkunden beweist, daß die Schuld seit Erlaß des Urteils getilgt oder gestundet worden, oder die Verjährung anruft".

37) Vgl. Hartmann, Art. 562 N. 16.

38) BlZüR 16, N. 42; SJZ 33, 127; ZBJV 49, 285; Hartmann, Art. 562 N. 16; Siegwart, Art. 562 N. 12; v. Wyss, a.a.O., S. 79 u. 80.

39) Art. 82 SchKG: "Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen (Abs. I). Der Richter spricht dieselbe aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht" (Abs. II). Art. 83 II SchKG: "Der Betriebene kann indessen binnen zehn Tagen seit der Rechtsöffnung auf dem Wege des ordentlichen Prozesses beim Gericht des Betreibungsortes auf Aberkennung der Forderung klagen".

IV. TEIL § 3

1) Hirsch, Ticaret Hukuku, S. 233 N. 242 II b; Arslanlı, a.a.O., S. 360, 363/364.

2) Ebenso Mangold, a.a.O., S. 25; v. Wyss, a.a.O., S. 80/81; Hartmann, Art. 568 N. 29 leitet dasselbe Ergebnis daraus, daß es sich bei der Haftung des Gesellschaftsvermögens und derjenigen des Gesellschafters um eine einheitliche Schuld handelt.

3) Ebenso im schweizerischen Recht, Art. 538 I II SOR i. V. m. Art. 552 I SOR; vgl. wie hier v. Wyss, a.a.O., S. 81; Hartmann, Art. 568 N. 30 in Analogie zur Bürgschaft.

4) Vgl. Art. 497 II TOG, 502 III SOR.

5) Im Ergebnis wie hier: Arslanlı, a.a.O., S. 360; Siegwart, Art. 568/69 N. 23; in Analogie zur Bürgschaft: Hartmann, Art. 568 N. 30; C. Jäger, Art. 218 N. 9; v. Wyss, a.a.O., S. 81.

6) Auf Grund des Art. 143 TOG bzw. 145 SOR über die Solidarschuldner.

7) Ebenso Arslanlı, a.a.O., S. 360/61, wenn der Gesellschaftsgläubiger jedoch betrügerischerweise durch Vereinbarung mit dem Gesellschaftsvertreter die Nichtgeltendmachung der Einreden der Gesellschaft herbeigeführt hat, so kann der Gesellschafter trotz der Rechtskraft des Urteils gegen die Gesellschaft die Einrede des Betruges erheben.

8) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 364; Hirsch, Ticaret Hukuku, S. 233; Hartmann, Art. 562 N. 16; Siegwart, Art. 562 N. 12; Wieland S. 623; v. Wyss, a.a.O., S. 84; Arsebük, a.a.O., S. 1013: Aus dem Umkehrschluß des Art. 143 I TOG ergibt sich, daß ein Solidarschuldner die Einreden, die sich bloß auf das Verhältnis eines anderen Solidarschuldners zum Gläubiger beziehen, nicht geltend machen kann; ebenso Oser-Schönenberger, Art. 145 N. 5.

9) Vgl. v. Wyss, a.a.O., S. 84.

10) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 364

11) Siehe S. 48 dieser Arbeit.

12) Vgl. die amtliche Begründung S. 30

13) Das gleiche Ergebnis folgt im schweizerischen Recht aus der vermögensrechtlichen Selbständigkeit der Kollektivgesellschaft; vgl. Hartmann, Art. 573 N. 1.

14) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 364/365.

15) a.a.O., S. 365

16) Art. 573 N. 3.

17) Vgl. Arslanlı, a.a.O., S. 364.

18) Vgl. Staub-Pinner, § 129 Anm. 5

19) Vgl. Baumbach-Duden § 129 Anm. 1A; Schlegelberger-Geßler § 129 Anm. 5; Weipert § 129 Anm. 5; RG in JW 1928, 2613: Der Gesellschafter kann nicht geltend machen, zwischen der Gesellschaft und dem Gläubiger sei verabredet, daß zunächst ein bestimmter Gesellschafter in Anspruch genommen werden soll; abw. Weipert § 129 Anm. 5 nach Analogie des Vertrages zugunsten Dritter.

20) Vgl. Hueck, a.a.O., S. 205; Lehmann, a.a.O., § 20 V 5: Weil der einzelne Gesellschafter nach dem Gesamthandsprinzip über die Rechte der Gesellschaft nicht selbständig verfügen kann, ...

21) Obwohl das Gesetz in diesem Zusammenhang ausdrücklich nur die Fälle der Anfechtung und Aufrechnung erwähnt, nimmt die herrschende Lehre an, daß auch die Fälle, in denen der Gesellschaft andere Gestaltungsrechte zustehen, gleich zu behandeln sind. Vgl. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg § 129 Anm. 5; Hueck, a.a.O., S. 207 (ebenda in Anm. 42 Angaben für den Fall des § 770 BGB); Weipert § 129 Anm. 8

22) Vgl. Hueck, a.a.O., S. 205.

23) Vgl. Staub-Pinner § 129 Anm. 8; Weipert § 129 Anm. 8: Das Bestehen von Tatsachen, die der Gesellschaft das Recht geben, ein dem Anspruch eines Gläubigers zugrunde liegendes Rechtsgeschäft anzufechten oder die Gesellschaftsschuld zu tilgen, geben auch der Gesellschaft noch kein Recht, Einwendungen gegen den Anspruch mit dem Ziele der Klageabweisung zu erheben.

24) Vgl. Flechtheim bei Düringer-Hachenburg § 129 Anm. 6; Hueck, a.a.O., S. 206; Weipert § 129 Anm. 8; abweichend Staub-Pinner § 129 Anm. 9

25) Vgl. Baumbach-Duden § 129 Anm. 3; Hueck, a.a.O., S. 206; Lehmann, a.a.O., § 20 IV 5 c; Ritter § 129 Anm. 3; Schlegelberger-Geßler § 129 Anm. 11; Staub-Pinner § 129 Anm. 10.

Lebenslauf

Ich bin am 1. 1. 1932 als Sohn des Beamten Aliasker Cihangiroglu und seiner Ehefrau Bahar Cihangiroglu in der osttürkischen Stadt Kars geboren. Dort besuchte ich von 1939 bis 1950/51 die Grundschule, Mittelschule und das Gymnasium. Nach dem Abitur ließ ich mich i. J. 1951 an der Juristischen Fakultät der Universität Ankara immatrikulieren und bestand nach acht Semestern das Abschlußexamen mit dem Prädikat "gut". Ein Jahr später, d. h. 1956, kam ich zum Zwecke der Promotion nach Deutschland, erlernte die deutsche Sprache und studierte seit 1957 an der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin.